DE

DOMINII PROBATIONE

EX PRINCIPIIS JURIS

TAM ROMANI QUAM SAXONICI

DISSERUIT

Dr. CAROLUS GUILIELMUS ERNESTUS
HEIMBACH.

pur. 1827

5 6.

Lipsiae, sumtibus Gerardi Fleischeri.
MDCCCXXVII.

519.

VIRO

JURIUM CONSULTISSIMO,

DE SE OPTIME MERITO

JOANNI AUGUSTO ADOLPHO WINTERO

JUDICII CIVITATIS LIPSIENSIS PRIMICERIO NOTARIORUM

DIEM XIV. MAJI A. C.

OB QUINQUE LUSTRA

IN MUNERE ADMINISTRANDO

FELICITER PERACTA

PIE GRATULATURUS

HUNC LIBELLUM

D. D. D.

D. Carolus Guilielmus Ernestus Heimbach.

PRAEFATIO.

Post ea, quae a clarissimis aetatis nostrae ingeniis de probatione dominii in rei vindicatione acutissime disputata sunt, me quoque, Virum ex paucissimis libellis ICtis vix notum, ad eandem nobilissimam ac gravissimam doctrinam illustrandam accessisse, ii vehementer mirabuntur, qui bene norunt, *Ill.* THIBAUT in fine dissertatiunculae in libro: *Archiv für Civilistische Praxis. Vol. VI. pag.* 311. eadem de re scriptae ICtos provocasse ad operam huic materiae navandam et aperte esse professum, sese sperare, fore, ut a Viro juris peritissimo mox tam plura, quam

certiora proferantur. Ego vero hunc, quem judicio publico nunc submisi, libellum non eo scripsi consilio, ut Viri illius celeberrimi provocationi satisfacerem. Id enim nunquam a me impetrare potuissem, ut ad me provocationem istam pertinere existimarem, quasi me Viris juris peritissimis adnumerari vellem. Sed ad scribendum me impulit quaestionis, de qua inter doctissimos ICtos tam acriter disceptabatur, gravitas ac spes, quam fovi, fore, ut, et si quis vel minimum ad eam illustrandam attulerit, tamen non prorsus inutilem laborem suscepisse videatur. Novi quiddam neque volui neque potui proferre, quia, quid acumine ac divinatione praestari posset, jam *Ill.* THIBAUT *l. l.* et *Cl.* HENSCHEL in *eodem libro Vol. IX. pag.* 316. *sqq.* perfecisse mihi videbantur. In eo potius elaboravi, ut sententiam de probando dominio vulgarem, quae a Glossatoribus jam agnita et ab eorum inde aetate ad nostram usque memoriam in

foro recepta est, tum argumentis, quibus *Ill.* Unterholznerus in libro laudato: *Archiv für Civilistische Praxis. Vol. VII. pag.* 233. *sqq.* usus est, tum aliis, si quae inveniri possent, defenderem. Quapropter fieri non potuit, quin et Thibautianam et Henschelianam sententiam impugnarem et utramque quum legibus adversari, tum vero etiam aliis ex causis in foro recipi non posse ostendere studerem. Sed praeter ea, quae Viri illi de probatione dominii scripserunt, aliorum librorum nullam habui rationem. Cujus rei excusationem facile spero me esse impetraturum. Auctorem enim habeo *Ill.* Thibaut, qui in dissertatiuncula de probatione dominii scripta magnum librorum eadem de re tractantium laudavit numerum, eosque tamen omnes nihil novi continere testatus est. Eo auctore inutili labore me supersedere posse arbitrabar, neque volebam multis locis laudandis ex libris, quos ad rem meam nihil facere existimabam, vastae doctrinae spe-

ciem affectare. Quid ego hoc libello perfecerim, aliorum sit judicium: in quo ferendo, etiam atque etiam rogo, illud ante oculos velint habere, eodem modo, quo, quae a Viris celeberrimis, Thibaut atque Unterholznero praestita sint, soleant aestimari, meum qualecunque opusculum non esse metiendum.

Dat. Lipsiae a. d. IV. Idus April. MDCCCXXVII.

CONSPECTUS LIBELLI.

SECTIO I.

De probatione dominii apud Romanos.

SECTIO II.

De probatione dominii ex jure Saxonico.

SECTIO I.

DE PROBATIONE DOMINII APUD ROMANOS.

Caput I.

Diversae ICtorum de dominii probatione sententiae.

§. 1.

Quoties de dominio in foro hodierno litigatur, toties homines, qui dominii probationem e difficillimis esse ignorant, solent mirari, tam raro condemnari possessorem. Sed qui istius probationis difficultates cognoverunt, ad Publicianam potius actionem confugiunt, qua sperant, fore, ut facilius victoriam reportent, quam ut rei vindicatione utantur. Neque vero difficultates solum, quibus dominii probatio juncta esse vulgo fertur, verum etiam ICtorum de materia hujus probationis dissensus, petitoris rem vindicantis victoriam reddunt dubiam. Utrumque tamen non tum cernitur, quum petitor sui ipsius facto, veluti occupatione vel accessione, contendit, dominium sese acquisivisse. Tum enim hoc facto probato dominii probationem esse absolutam, in eo omnes ICti consentiunt. At vero, si quis propterea rem vindicat, quod ejus proprietatem ab alio in se translatam esse affirmat, quid ab eo probari debeat, valde dubitatur. Cujus dissensus vestigia prima jam in Glossa reperiuntur. Sic ad *L. 1. pr. D. de Publiciana in rem actione.* VI. 2. ab Accursio haec notantur:

1

Quidam dicunt, venditorem meum praesumi dominum et per consequens me, et sic dicunt, me eligere debere rei vindicationem directam. — Sed nos contra.

Longe clarius tamen Glossatorum dissensus ex iis elucet, quae in Glossa ad *L.* 12. *C. de probationibus.* IV. 19. leguntur:

Item dixit hic P. quod satis est ad dominii probationem, probare haec tria, emtionem et vacuae possessionis traditionem et pretium solutum. Quod non placet, quia potuit esse, quod venditor non fuit dominus, unde emtor non fit dominus. Oportet ergo probare, quod venditor fuerit dominus, ut L. 15. §. 1. *D. de pignor. L.* 12. §. 5. *D. de Publiciana. Quod potest probari, quia probat eum vel usucepisse, vel specificasse, vel aliis similibus modis.*

Unde intelligitur, jam inter Glossatores fuisse alios, qui, si petitor rem propter dominium ejus in se translatum vindicasset, probato titulo ac modo acquisitionis, auctoris, qui rem in petitorem transtulit, dominium praesumi, alios, qui hujusmodi praesumtione non contenti probari illud ab actore debere arbitrarentur. ICti recentiores modo in hanc, modo in illam Glossatorum sententiam pedibus iverunt, nec vero, cur alterutram amplexi fuerint, reddiderunt rationes. Altera tamen sententia, ex qua petitor probare auctoris dominium cogitur, longe plures ac celebriores invenit auctores. Quod cur factum sit, idonea ratio reperiri non potuit. Multum valuit Glossatorum auctoritas; longe tamen majorem vim nonnulli Corporis Juris loci videntur habuisse, ex quibus colligitur, dominium praeter dominum transferre in alterum posse neminem. Ab omnibus hi duo loci allegantur:

1. *L.* 54. *D. de diversis regulis Juris. L.* 17. Ulpianus Libro 46 ad Edictum.

Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.

2. *L.* 20. *pr. D. de acquirendo rerum dominio.* XLI. 1. Ulpianus Libro 29. ad Sabinum.

Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert: si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert.

Quamvis praeter locos laudatos non desint alii ejusdem argumenti, hi tamen in primis fuere, quorum auctoritate moti plerique ad nostram usque aetatem a petitore probationem dominii auctoris exegerunt. Jam vero hujus sententiae fautores tantis difficultatibus istam implicuerunt probationem, ut Pragmatici Leyserum auctorem secuti *diabolicam* appellare non erubescant; quae appellatio ad hodiernum usque diem in foro ei mansit. At istae difficultates potissimum effecerunt, ut non deficerent, qui ad eas evitandas aequum esse existimarent, ut probato a petitore titulo ac modo acquirendi auctoris dominium praesumeretur. Cujus aequioris sententiae defensores, licet hac potissimum ratione dominium facile probari posse crediderint, in eo tamen non consenserunt, quid et quo modo respondendum esset, si quaereretur, quid, si probationem tituli et modi acquirendi tantum a petitore postularent, inter rei vindicationem atque actionem Publicianam interesse videretur. Quod enim ex verbis Gaji in *L.* 8. *D. de Publiciana in rem actione.* VI. 2. „*De pretio vero soluto nihil exprimitur: unde potest con*„*jectura capi, quasi nec sententia Praetoris ea sit, ut re*„*quiratur, an solutum sit pretium*" plerique respondent, in rei vindicatione quidem, nec vero in actione Publiciana a petitore probandam esse pretii solutionem, in eo solum utriusque actionis discrimen cerni non potest, quia multis praeter emtionem negotiis rei dominium solet comparari. Verumtamen istud non ita intelligendum est, ut responsio ista prorsus contemnenda videatur. Etsi enim venditor propriam rem vendidit et tradidit, tamen non prius dominium in emtorem transit quam pretium ab eo

fuerit solutum; alioquin ne contra venditorem quidem rem vindicantem tueri exceptione sese potest. Unde patet, eum, qui rem sibi venditam ac traditam vindicaverit, pretii etiam solutionem ostendere debere. Nam ULPIANUS Libro 16. ad Edictum in *L. 72. D. de rei vindicatione.* VI. 1. „*Si a Titio,*" inquit, „*fundum emeris Sempronii, et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit: aequius est, ut tu potior sis. Nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summoveres. Sed et si ipse possideret et tu peteres: adversus exceptionem dominii replicatione utereris.*" Verum enimvero illi utriusque actionis discrimini locus esse tum tantum potest, quum petitor emtione dominium rei petitae dicit se acquisivisse. Quod cum ita sit, et multis praeterea ex causis res vindicari possit, velati ex titulo donationis, permutationis, dotis aliisve, alia ratione investigandum est, quid aequiore de probando dominio sententia in foro recepta inter utramque actionem intersit.

§. 2.

Nostra demum aetate THIBAUT, magni vir nominis, aequiorem sententiam demum defendit rationibus ejusmodi, ut multis de veritate ejus persuaserit. Certe de iis ante illum nemo cogitaverat. In primis quaestioni de rei vindicationis et actionis Publicianae discrimine respondendo ita satisfecit, ut acutissimae disputationis pretiosissima pars in eo consistere videatur. Rationes, quibus vulgarem sententiam impugnavit, hae sunt. Primum legibus, quibus Glossatores ad probationem diabolicam defendendam usi sunt, nihil probari existimat. Tantum enim abest, ut ex verbis GAII in *L. 15. §. 1. D. de pignoribus.* XX. 1. „*Quod dicitur, creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est* etc. officium creditoris actione hypothecaria usi, dominium debitoris probandi, derivari posse sibi

persuadeat, ut exinde colligat, a creditore, qui mandato agat debitoris, non tam ejus dominium, quam factum acquisitionis solum esse probandum. Cui interpretationi suffragari videntur, quae in *L.* 3. *pr. D. de pignoribus.* XX. 1. ex Papiniani Libro 20. Quaestionum excerpta leguntur: *„Si superatus sit debitor, qui rem suam vindi„cabat, quod suam non probat, aeque servanda erit cre„ditori actio Serviana, probanti, res in bonis eo tempore, „quo contrahebatur, illius fuisse.“* Nam commode ista verba ita intelligi possunt, ut diversam creditoris et debitoris probationem esse existimemus, quia vix erit quisquam, qui a se impetrare possit, ut concedat, quam probationem debitor, creditoris auctor, non potuerit absolvere, eam creditorem esse perfecturum. Atqui plura hujusmodi interpretationi obstant, quae non tam commode hoc loco, quam infra moneri possunt, ubi de probatione dominii praeter rei vindicationem interdum necessaria disserendi occasio nobis dabitur. Quid tamen moverit Glossatores, ut *L.* 12. §. 5. *D. de Publiciana in rem actione.* VI. 2. ubi Paulus Libro 19. ad Edictum, *Publiciana actione,* inquit, *etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus,* ad probationem dominii auctoris confirmandam uterentur, se non intelligere *Ill.* Thibaut ingenue fatetur. Illo enim auctore Paulus verbis istis voluit significare, etiam de servo nondum anniculo Publicianam institui posse actionem, quum, licet rei mobilis usucapio ante annum non impleatur, tamen non minus hic, quam alibi fictioni usucapionis impletae locus esse videatur. Reliqua, quibus ad vulgarem sententiam defendendam ICti utuntur, fragmenta superiore paragrapho a nobis laudata de acquirendo tantum, nec vero de probando dominio accipienda, neque ita comparata *Ill.* Thibaut videntur, quibus monstrari possit, vulgarem sententiam aequiori firmis rationibus munitae esse anteponendam. Atque ille, ut omnia complectamur, etiamsi vel maxime concedat, rei vindicationis fundamentum esse dominium, idque

praeter dominum transferre posse neminem, tamen auctorem petitoris, modo hic justam causam praecedentem et traditionem probaverit, pro domino rei traditae habendum esse arbitratur, donec reus rem illius non fuisse ostenderit.

§. 3.

Altum deinde, quod de nimia probationis dominii difficultate in Pandectis perinde atque in Codice obtinet, silentium sententiae vulgari *Cel.* Thibaut tantopere dicit adversari, ut, si tanta sit difficultas, quanta vulgo feratur, qui suaserit litigatoribus, ut sumtibus inanibus parcere, quam spem victoriae fallacem fovere mallent, is optime illis consuluisse videatur. Ac ne in titulo quidem Pandectarum de Publiciana in rem actione, in quo, quid inter eam et rei vindicationem intersit, optime potuerit explicari, difficultatum probationis dominii ullam factam esse mentionem vehementer miratur. Dominium denique quum in actione confessoria, negatoria et hypothecaria debeat probari, non intelligere sese fatetur, quid causae fuerit, cur ne hac quidem occasione oblata ad difficultates in probando dominio obvias ICti animum adverterint. Nam quod communis sententiae defensores in rei vindicatione quidem, nec vero in reliquis actionibus, quarum fundamentum pro parte tantum dominio nititur, plenam ejus probationem a petitore exigunt, illud *Ill.* Thibaut non assentitur. Utrum enim tota actio dominio an pro parte tantum nitatur, nihil ait interesse et probationem eandem esse debere; eamque, sive hoc, sive illo casu non perficiatur, efficere, ut actor inferior lite discedat.

§. 4.

Tum sententiam a se propositam de necessitate auctorem petitoris probata acquisitione pro domino habendi, donec eum non fuisse dominum reus monstraverit, legum auctoritate firmare studuit. Quam ob cau-

sam ad duo rescripta provocavit titulo Codicis *de probationibus* inserta, cujus tituli inscriptione omnem, quam de argumento fovere quis possit, putat removeri suspicionem. Primo loco *L.* 4. *C. de probationibus.* IV. 19. Imperator Alexander rescripsit:

Proprietatis dominium non tantum instrumento emtionis, sed etiam quibuscunque aliis legitimis probationibus ostenditur.

Secundo rescripto Imperatorum Diocletiani et Maximiani *L.* 12. *C. eod.* haec leguntur:

Quum res non instrumentis gerantur, sed in haec rei gestae testimonium conferatur, factam emtionem et in vacuam possessionem inductum patrem tuum pretiumque numeratum, quibus potes, jure proditis probationibus deducere debes.

Ac primo quidem loco quia instrumento emtionis probari posse dominium dicitur, secundo autem emtionis, traditionis et soluti pretii tantum probatio injungitur, *Ill.* Thibaut non dubitat, quin petitor auctoris dominium monstrandi officio liberandus sit. Jam ante eum Accursius secundo rescripto de rei vindicatione agi concessit: quam sibi ita cogitavit, ut contra venditorem eam ab emtore institutam fuisse arbitraretur, quum contra eum quidem, nec vero contra alium rei possessorem emtionis instrumentum ad dominium probandum sufficere plerique Glossatores sibi persuasissent. Quae Accursii interpretatio si placet, contra vulgarem sententiam depromi inde nihil potest. Nam adversus venditorem praeter venditionem, traditionem et pretii solutionem ab emtore probari nihil constat oportere, quia illi, et si rem alienam vendidit, tamen sui ipsius factum non licet impugnare. At vero *Cel.* Thibaut rescriptum istud de rei vindicatione ab emtore contra venditorem instituta intelligi non posse recte monuit. Vacuam enim possessionem venditor praestare debet i. e. praestare, nec per se, nec per suos heredes fieri, quo-

minus emtori eam rem habere sibi liceat, et promittere, se emtoris possessionem ab omnibus aliis esse defensurum. Unde recte *Ill.* Thibaut observavit, non ratione venditoris, sed extranei, qui jus in re vendita asserere sibi possit, a ICtis dici, vacuam tradi possessionem.

§. 5.

Quam argumentis modo laudatis impugnavit Thibaut sententiam, eam, vix futurum fuisse existimat, ut tot tantique viri defenderent, si aequioris sententiae sectatores verum rei vindicationis et actionis Publicianae discrimen potuissent invenire. Jam vero ipse Publiciana actione mota illud tantum quaeri existimat, utrum meliori jure, quam reus, actor possederit, an minus: ideoque exceptionem, qua adversarius actorem a non domino rem acquisivisse objicit, de jure tertii quippe depromtam admittendam esse negat. In rei vindicatione de dominio quaeri et vinci petitorem arbitratur, simul atque auctorem ejus non fuisse dominum possessor probaverit. Unde summa sententiae Thibautianae haec est. Qui rem vindicat, titulo ac modo acquisitionis probato officio satisfecit, quia auctor pro domino habetur; sed nihilominus inferior discedit, si adversarius e contrario probavit, petitoris auctorem rem tradidisse alienam. At qui Publiciana utitur, etsi reus idem probavit, nihilosecius reportabit victoriam, nisi praeterea mala ejus fides ab adversario fuerit probata.

§. 6.

Praeter argumenta a *Cl.* Thibaut proposita alia non deesse videntur, quibus illius sententia confirmari possit. Primum enim, ubicunque de probatione dominii in Corpore Juris disseritur, nihil aliud, quam *rem suam esse* a petitore probandum esse dicitur. Quibus verbis dominii probatio significatur *L.* 9. *D. de rei vindicatione.* VI. 1. *L.* 3. *pr. D. de pignoribus.* XX. 1. *L.* 17. *C. de rei vindicatione.* III. 32. *L.* 1. *C. de privilegio fisci.* VII.

73. *L. 2. C. si aliena res pignori data sit.* VIII. 16. §. 4. *Inst. de Interdictis.* IV. 15. Notionem verborum: *res mea est*, in legatis certe relictis Ulpianus Libro 20. ad Sabinum in *L. 73. pr.* §. 1. *D. de legat. III.* explicuit hoc modo:

Suos autem servos vel ancillas eos accipimus, qui sunt pleno jure testantis, inter quos fructuarii non continebuntur. Sed qui bona fide testatori serviunt, suorum appellatione magis est, ut contineantur: si modo suorum appellatione eos, quos suorum numero habuit, voluit contineri.

Quo loco quum Ulpianus servos, quos testator *suos* dixerit, tum qui in pleno ejus dominio sint, tum qui bona fide ab eo possideantur, appellari significet; probari fortasse potest, ne in rei vindicatione quidem petitorem, qui rem suam esse dicat, plenum ejus dominium sibi asserere, ideoque sufficere bonae fidei possessionem. Nihilominus id argumentum infirmius esse lubenter fateor, quum me non fugiat, in ultimae voluntatis interpretatione longe aliter, atque in sententia libelli actoris explicanda esse versandum, quia in illa praesumtae testatoris voluntatis ratio habenda est, quod in hac fieri omnino non potest. Ultima enim voluntas plerumque contra heredem explicari debet, si de ejus ac legatarii juribus quaeritur, quia jam ex indole ac natura legati intelligitur, testatorem legatario quam heredi favere maluisse. At in libello actoris explicando interpretatio in actoris gratiam fieri non potest, ne deterior fiat adversarii conditio.

§. 7.

Deinde, quoties ICti vel Imperatores de dominii probatione loquuntur, toties concedendum est, officium petitoris, quod in dominio auctoris monstrando cernitur, ab iis perspicue non significari. Plerisque enim locis petitori injungitur necessitas probandi, *rem esse*

suam, veluti iis, quos superiore paragrapho laudavimus, *rem ad se pertinere*, veluti *L.* 2. *C. de uxoribus militum* II. 52. *L.* 2. 5. *C. de rei vindicatione.* III. 32. *L.* 2. 21. *C. de probationibus.* IV. 19. *L.* 3. *C. de fide et jure hastae fiscalis.* X. 3. aut petitor jubetur *implere intentionem* sive *petitionem*, veluti *L.* 30. §. 1. *D. de exceptione rei judicatae.* XLIV. 2. *L.* 21. 28. *C. de rei vindicatione.* III. 32. *L.* 9. *C. de praescriptione longi temporis.* VII. 33. Tum rei vindicationis formula apud Romanos recepta erat ejusmodi, ut sufficere videretur, si petitor rem suam esse dixisset et causam, cur id contenderet, adjecisset: nec vero necesse erat, ut dominii auctoris faceret mentionem, si ab alio rei petitae dominium titulo singulari accepisset. Quod ex *L.* 11. §. 1 — 5. *D. de exceptione rei judicatae.* XLIV. 2. colligi commode potest, cujus §. 1. et 5. nunc describere sufficiat:

Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset: rursus petenti obstaturam mihi exceptionem. Si quis autem petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, causa adjecta, non debet summoveri exceptione.

§. 8.

Postremo reperiuntur loci in Corpore Juris, in quibus de dominii probatione sermo est; et praeter titulum traditionis ipsamque traditionem nihil a petitore probari debere perspicue significatur. Praeter *L.* 12. *C. de probationibus.* IV. 19. jam ab *Ill.* Thibaut laudatam commemoratu digna est *L.* 16. *C. eod.* ubi Diocletianus et Maximianus haec rescripserunt:

Sive possidetis praedia, quae a patre communi sibi fratres emancipati donata contendentes vindicant: ipsis incumbit facti probationis necessitas: sive ipsis ea praedia quasi a patre vestro sibi donata tenentibus, vos

coheredes constituti patris petitis: ut intentionem vestram non constitisse detegant, unde domini facti sunt, emergenti quaestione docere compelluntur.

Quo in rescripto verba: *unde domini facti sunt,* de necessitate probandi dominii auctoris intelligenda non sunt, imo de donationis probatione, qua fratres emancipati praediorum dominium a patre dixerant sese accepisse. Probatio enim dominii auctoris neque necessaria est specie proposita, neque prodesse aliquid potest, quia, ubi uterque litigator ab eodem auctore rem ostendit sese acquisivisse, utrum dominus ille fuerit, an non fuerit, nihil interest; illud potius refert, cui priori res ab eo fuerit tradita, sicuti ex *L.* 15. *C. de rei vindicatione.* III. 32. perspicue patet.

§. 9.

Paulo post, quam *Cel.* Thibaut de dominii probatione disseruerat, *Ill.* Unterholznerus, Antecessor Vratislaviensis observationes illius judicio subjecit, neque dubitavit, re probe perpensa vulgarem sententiam his defendere argumentis. Ac primum quidem contra eam argumentum, quod *Ill.* Thibaut ex ICtorum de nimia probationis dominii difficultate silentio repetierat, ita refutare studuit *Cl.* Unterholznerus, ut diceret, de silentio isto mirari posse neminem, qui dominii probationem longe difficiliorem, quam revera sit, a nostratibus sibi fingi cognoverit. Praeterea jure antiquo brevissimum usucapionis tempus probationem dominii auctoris supervacaneam videtur reddidisse, quia se per annum vel biennium rem possedisse petitor facile potuit monstrare. Ac si quando usucapionis tempore nondum praeterito probatio ista a petitore exacta fuerit, non dubitat *Ill.* Unterholznerus, quin facillima fuerit eam perficiendi illa ratio, ut petitor rem jam ab auctore fuisse usucaptam ostenderet. Cui nihilosecius ista probatio justo difficilior videri possit, quoniam commercio aucto et rerum dominio per brevissimum tem-

pus saepius mutato, ad remotiores auctores redeundi facultas petitori vix concedatur, ei respondet ille vir doctus, nihil aliud, quam Publicianae actionis tam utilitatem, quam necessitatem inde posse derivari. His rationibus utitur ad excusandum ICtorum de difficultatibus probationis silentium. Altera tamen ex parte ne de praesumtione quidem dominii auctoris in legibus nostris ullum vestigium reperiri observat. Unde non dubitat, quin hoc silentium ad vulgarem sententiam defendendam, quam illud ad Thibautianam confirmandam, vim habeat majorem.

§. 10.

Quibus deinde legibus *Ill.* Thibaut suam firmare studuit sententiam, in iis interpretandis longe aliter *Cl.* Unterholznerus versatus est. Hoc enim auctore utroque rescripto, *L.* 4. et 12. *C. de probationibus.* IV. 19. non tam, quid a petitore rem vindicante probandum sit, quam illud potius definitur, ad quod ab Imperatoribus responderi sibi voluerant partes, quae quaesiverant, utrum ad probandum dominium necessaria essent instrumenta, an aliae quoque probationes sufficere viderentur. Atque mihi quidem hujus interpretatio videtur esse praeferenda. Sufficit ad eam firmandam Basilicorum auctoritas, quorum in *Libro XXII. Tit. I. cap.* 38. *Tom. III. pag.* 8. *L.* 4. *C. de probationibus.* IV. 19. ita graece reddita est: *Ἡ δεσποτεία οὐκ ἀπὸ συμβολαίου ἀγορασίας, ἀλλ' ἐξ οἱωνδήποτε ἄλλων ἀποδείξεων ἀποδείκνυται*. *L.* autem 12. *C. eod.* hunc in modum *ibid. cap.* 46. *Tom. III. cap.* 9. in graecum sermonem translata reperitur: *Ἡ πρᾶσις καὶ ἡ ἀγορασία δύναται καὶ ἀγράφως συστῆναι*. Ex utroque loco, quid de rescriptis interpretandis senserint Basilicorum compilatores, manifestum quidem est, nec vero ita perspicuum, uti ex *Scholiis Basilicorum Tom. III. p.* 57. et 62. colligi id potest; quae quidem Scholia, uti fere fieri solet, ita etiam nunc ad explicandos Corporis Juris locos vim habent longe gra-

viorem, quam ipse textus Basilicorum. Priori loco laudato *Tom. III. p.* 57. haec leguntur:

Τὸ κατὰ πόδας. Οὐ μόνον παρὰ τῶν συμβολαίων τῆς ἀγορασίας, ἀλλὰ καὶ ἐξ οἱωνδήποτε ἀποδείξεων νομίμων δύναται δειχθῆναι ἡ δεσποτεία τοῦ ἀγορασθέντος. φησὶ δὲ καὶ ἡ ιβ΄. διάταξις τοῦ παρόντος τίτλου· καὶ ἀγράφως δειχθῆναι δύναται ἡ γενομένη πρᾶσις καὶ ἀγορασία. δηλοῖ γὰρ ἡ διάτ. ιβ΄. τοῦ κά. τιτ. τοῦ δ΄. βιβ. τοῦ κωδ. ὅτι κἂν ἀπόληται τὰ ὠνεακά, μένει ἐῤῥωμένη ἡ πρᾶσις· ἀνάγνωθι καὶ διάτ. ιβ΄. τοῦ αὐτοῦ τιτ. καὶ τὸ περὶ δωρεᾶς λεχθέν. δεῖ οὖν, καθάπερ ὁ Θεόδωρος, ὁ διατάξεων ἐξηγήτης φησίν, οὕτως ἀναγινώσκεσθαι καὶ (leg. τὴν) διάταξιν. οὐκ ἐξ ἀγορασίας μόνον συμβολαίων, ἀλλὰ καὶ ἐξ ἄλλων δήποτε (leg. οἱωνδήποτε) ἄλλων ἀποδείξεων ἡ δεσποτεία δείκνυται. Non solum instrumento emtionis, sed etiam quibuscunque legitimis probationibus potest ostendi dominium rei emtae. Ait quoque const. 12. praesentis tituli (IV. 19.) etiam sine instrumentis probari potest facta emtio et venditio. Ostendit enim const. 12. Tit. 21. Lib. 4. Cod. etiamsi amissa sint emtionis instrumenta, manere firmam venditionem. Lege et const. 12. ejusdem tit. et quod ibi de donatione dicitur. Oportet ergo, uti Theodorus, Constitutionum interpres dicit, ita legi constitutionem: Non emtionis tantum instrumento, sed etiam quibuscunque aliis probationibus dominium ostenditur.

Secundo loco *Basil. Tom. III. pag.* 62. haec reperiuntur: *Τὸ κατὰ πόδας. Ἐπειδὴ τὰ πράγματα οὔτε ἐν τοῖς συμβολαίοις πράττονται, ἀλλ᾿ ἐν τούτοις τοῦ πραχθέντος πράγματος ἡ μαρτυρία εἰσφέρεται· γεγονέναι τὴν ἀγορασίαν καὶ εἰς σχολάζομαι νομὴν εἰσενεχθῆναι τὸν πατέρα τὸν σὸν καὶ τὸ τίμημα ἀριθμηθῆναι, οἱαισδήποτε δύνασαι νομίμοις ἀποδείξεσι διδάσκειν ὀφείλεις. Καὶ τὸ μὲν κατὰ πόδας οὕτως. Θεμάτισον δέ, ὅτι τὴν ἐν ῥεμ. ἐκίνει. εἰ γὰρ ἡ ἐξ ἔμπτω ἐκινεῖτο καὶ μὴ εἰς νομὴν εἰσήχθη, εἶχεν αὐτήν, εἰς αὐτὸ τοῦτο εἰσήγαγέ με εἰς νομήν. τοῦτο δὲ λεγέ-*

μενον, ἐπειδὴ τὰ πράγματα καὶ τὰ ἑξῆς, κρατεῖ καὶ ἐπὶ πάσης τῆς κονσένσου, ὡς ἐν τῷ δ'. διγέστ. τοῦ ά. τιτλ. τοῦ κ'. βιβλ. εἴρηται, καὶ ἐν τῷ ζ'. τῶν δὲ ῥέβους, καὶ πανταχοῦ οἱαισδήποτε νομίμοις ἀποδείξεσι, τουτέστιν, εἰμὴ δι ὠνεακοῦ, ἀλλ᾿ οὖν δι᾿ οἱωνδήποτε ἀποδείξεων συστῆναι τοῦτο. Quod ita vertit Fabrotus. *Cum res non instrumentis gerantur, sed in his rei gestae testimonium conferatur, factam emtionem et in vacuam possessionem inductum patrem tuum, pretiumque numeratum, quibus potes, legitimis probationibus docere debes. Atque ita quidem τὸ κατὰ πόδας. Finge actum in rem: nam si ageretur ex emto et in possessionem inductus non esset, in eam veniret, ut rei venditae vacua possessio emtori traderetur.* (Quod non recte transtulisse videtur Fabrotus. Ac mihi quidem lectio *εἰσήγαγε* non recte se habere videtur; legendum potius *εἰσάγε με εἰς νομήν* et locus ita transferendus est. *Finge actum in rem esse: nam si ageretur ex emto et in possessionem inductus non esset, haberet eam* sc. actionem emti, *hunc ipsum in finem, ut in possessionem induceretur.*) *Quod autem dicitur: Cum res non instrumentis et quae sequuntur, obtinet in omnibus contractibus ex consensu, ut dicitur in dig. 4. tit. 1. Lib. 20. et Lib. 7. de rebus. Et ubique quibuscunque probationibus, id est, si non instrumento emtionali, at certe quibuscunque probationibus ostendatur hoc negotium contractum fuisse.*

§. 11.

Praeter Basilicorum auctoritatem, qua *Cel.* Unterholzneri interpretatio firmatur, nonnulli Corporis Juris loci favere ei videntur, ex quibus apparet, saepe dubitatum apud Romanos fuisse, utrum instrumentis tantum, an etiam aliis probationibus ostendi dominium posset. Atque huc pertinere jure sibi persuasit ille *L.* 10. et 19. *C. de rei vindicatione* III. 32. utramque ab Imperatoribus Diocletiano et Maximiano datam, quarum prior haec continet:

Cum super vernis mancipiis nulla instrumenta te habere asseveres, in judicio, in quo negotium coeptum esse proponitur, id, quod in precem contulisti, postulare debuisti. Judex enim non ignorat, servorum dominia etiam citra instrumentorum exhibitionem aliis probationibus vel ipsorum interrogatione posse ostendi.

Altera lex laudata haec habet:

Indicia certa, quae jure non respuuntur, non minorem probationis, quam instrumenta, continent fidem. Quo jure, si de proprietate domus ambigis negotiumque integrum est, uti non prohiberis.

His locis ab Unterholznero laudatis addendae sunt *L.* 8. et 12. *C. de fide instrumentorum.* IV. 21. Altero rescripto iidem Imperatores domino proprietatis propter amissa instrumenta, quibus probari dominium possit, nullum praejudicium a fructuario inferendum esse respondent: altero significant, qui inductus sit in vacuam praedii possessionem, eum obtinere posse possessionem, licet de facto traditae vacuae possessionis instrumentum nullum conscriptum sit. Quod denique *Ill.* Thibaut legibus a se laudatis de eo, quod ad probandum dominium requiratur, agi arbitratur, quoniam titulo Codicis *de probationibus* insertae reperiantur, id ad sententiam ejus probabiliorem reddendam vim habere nullam potest. Nam *probatio* non solum id, quod probandum est, materiam probandi sive, quod vulgo dicitur, thema probandum, verum etiam media probandi, ut hoc verbo utar, significat. Unde titulus *de probationibus* in Pandectis perinde atque in Codice de mediis probandi in genere agit, quod ex titulis *de testibus* et *de fide instrumentorum* illum sequentibus probe intelligitur. E locis paene innumerabilibus, ubi probationibus media probandi denotantur, laudare duntaxat lubet. *L.* 24. 25. *pr.* §. 4. *D. de probationibus.* XXII. 3. *L.* 1. 7. 11. *C. de fide instrumentorum.* IV. 21. *L.* 5. *C. de pigneratitia actione.* IV. 24.

§. 12.

Porro quod *Ill.* Thibaut quemlibet rei alienatorem pro domino tamdiu haberi putat oportere, quamdiu eum non fuisse dominum ab adversario non sit probatum, id regulae Juris Romani de probatione neganti non imponenda *Cel.* Unterholznero videtur repugnare. Cui hoc omnino assentior. Nam quae a Diocletiano et Maximiano *L.* 23. *C. de probationibus.* IV. 19. rescribuntur: „*Actor, quod asseverat, probare se non posse* „*profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non* „*adstringit, cum per rerum naturam factum negantis* „*probatio nulla sit,*" praesumtioni de auctoris dominio adeo obstant, ut, unde reus eum non fuisse dominum probare debeat, intelligi non possit. Petitorem enim dominii quidem acquisitionem, nec vero auctoris dominium ostendere, quid aliud est, quam profiteri, se, quod asseveraverit, probare nullo modo posse? Praeterea injustum *Cl.* Unterholznero videtur, qua probationis difficultate *Ill.* Thibaut auctore petitor liberandus sit, eadem reum onerari, praesertim cum probatio ab eo suscipienda etsi materia probandi diversa tamen minoribus impedita difficultatibus, quam probatio diabolica vix esse videatur. Quin etiam, ut opinor, difficilior est. Petitor enim qui probare auctoris dominium debet, certum habet probationis finem, certam materiam, ideoque uti potest diversis subsidiis ab auctore ipsi subministrandis, cujus quippe interest, ne actor lite inferior discedat, cum metuendum sit, ne ad evictionem praestandam ab eo conveniatur. Reus autem ex *Cl.* Thibaut sententia negationem probare cogitur i. e. petitoris auctorem non fuisse dominum. Quod fieri aliter non potest, quam ut probet, alium esse rei dominum. Jam vero quomodo reus scire potest, ubinam gentium verus rei dominus versetur? Nonne hujusmodi probatio paene infinita est, eoque difficilior, quo rarius reo continget, ut reperiat aliquem, sicuti petitor auctorem, qui sui ipsius causa in probatione ipsum adjuturus sit?

Quam postremo rei vindicationis et actionis in rem Publicianae *Ill.* Thibaut statuit differentiam, eam acute quidem excogitatam ae subtili ingenio dignam, nec vero ita comparatam esse *Cel.* Unterholznerus ingenue fatetur, ut Publicianae actionis inde intelligatur necessitas. Atque hic usucapionis impletae fictionem cum dominii probatione arctissime cohaerere ex eaque colligendum esse putat, usucapione dominium fere semper probari consuevisse. Sic optime explicari posse ait, quod Gajus *Inst. Comm. II.* §. 44. scribit, ideo receptam esse usucapionem, ne rerum dominia diutius in incerto essent.

§. 13.

Ac mihi quidem memoria repetenti et diligenter consideranti, quae de dominio probando clarissima aetatis nostrae ingenia senserint, accidit, ut, quum utriusque viri celeberrimi argumenta perpenderem, diu haesitarem, utrum ducem et auctorem sequerer. Praevaluerunt tandem *Cl.* Unterholzneri argumenta atque effecerunt, ut vulgari de dominii probatione sententiae accederem. At tamen acquiescere in iis non potui. Primum enim re accuratius mecum considerata alia argumenta, quibus vulgaris sententia defendi possit, invenisse mihi videor. Praeterea, licet *Cel.* Unterholznerus legum auctoritate firmari eam non posse sua sponte professus sit, tamen non nego, mihi non inutilem visam esse legum collationem. Quapropter quam diligentissime et Corpus Juris et Juris Antejustinianei fragmenta perlegi et quibuscunque locis de dominii probatione agi arbitrabar, eos, si ad rem meam facere mihi viderentur, adnotavi. Quo facto, si quidem legum argumentum bene intellexi, earum auctoritate vulgarem sententiam confirmari mihi persuasi. Instituti autem nostri ratio illa est, ut primo loco argumenta proponamus, quibus praeter rationes a *Cl.* Unterholznero allegatas probatio dominii auctoris defendi posse vide-

atur, ac deinde in locos legum nostrarum, qui ad eam firmandam vim possint habere, investigemus.

§. 14.

Primum praesumtio de auctoris dominio, quam probato titulo ac modo acquirendi *Ill.* Thibaut adsistere putat petitori, variis ex causis non ferenda videtur. Nam quum praesumtio juris tantum sit, quae admittit contrariam probationem, illud potissimum obstat, quod hujusmodi praesumtioni locus esse non potest, nisi aut legibus agnita et confirmata sit, aut ex instituti cujusdam natura per se intelligatur. Quod in hac praesumtione longe aliter sese habet. Neque enim legem invenies ullam, qua simile quid contineatur, ac si continetur, aliam eamque diversam interpretationem admittere eam videbis, sicuti in legibus a *Cl.* Thibaut allegatis jam *Cel.* Unterholznerus demonstravit; neque translationem dominii rem tam facilem esse arbitraberis, ut quicunque rem ex justa causa alteri tradiderit, pro domino statim habendus sit. Alioquin et in fure et raptore idem existimandum esset, ita ut homo ejusmodi, si rem alteri vendidisset bona fide accipienti, etiam pro domino habendus esset tamdiu, quamdiu reus eum non fuisse dominum non monstrasset. Ad quam probationem, si juris strictissimi rationem habemus, sufficere non potest, a reo, rem esse furtivam vel vi ereptam, probari, quoniam fieri fortasse potuit, ut quis rem suam, quam alienam esse putaverit, furatus sit aut vi abstulerit. Ex natura certe traditionis praesumtio dominii auctoris, sicuti ex natura dominii praesumtio libertatis fundi, derivari non potest. Nam si, qui dominus non est, secundum *legem* 20. *D. de acquirendo rerum dominio.* XLI. 1. nihil transfert tradendo, non apparet, quanam tandem ratione ex hujusmodi traditione tam violenta oriatur praesumtio de ejus dominio, quae probationis fere loco est, quum difficillimam esse reo probationem contrariam ab *Ill.* Thibaut impositam jam

antea explicare studuerimus. Eandem ob causam, quoniam praesumtio juris legibus confirmata esse debet, sententiam Thibautianam novissime Henschel in libro: *Archiv für civilistische Praxis. Vol. IX. pag.* 330. sq. impugnavit.

§. 15.

Praeterea negotia sunt ad transferendum dominium destinata, quorum natura fert, ut nulla et invalida esse videantur, si, qui rei dominium in alterum voluerit transferre, rem propriam non habeat. Ad ea emtio et venditio quidem non pertinet. Hujus enim contractus natura non rem venditoris propriam postulat, imo alienam admittit, quoniam a venditore non tam dominium, quam vacua possessio aut re evicta evictio emtori praestanda est. Quin etiam conventio emtioni et venditioni adjecta, qua venditor dominium sese praestiturum esse promittit, adeo mutat ejus contractus naturam, ut emtio et venditio amplius non sit, sed in contractum innominatum transeat. Quod ex *L. ult. D. de condictione causa data, causa non secuta.* XII. 4. intelligitur. Jam vero permutatio ad haec negotia omnimodo referenda est, et omnes eo pertinent contractus innominati, ex quibus vel ab utraque vel ab una parte res aliqua datur. Nam Paulus Libro 32. ad Edictum in *L.* 1. §. 3. *D. de rerum permutatione.* XIX. 4. Pedii sententiam probat, qui contendit, alienam rem dantem nullam contrahere obligationem. In negotiis certe ejusmodi praesumtioni de auctoris dominio locus dari non potest. Fac permutatione aliquem rem ab alio accepisse, eumque rem sibi traditam ab extraneo possessore vindicare. Quid si possessor petitori objiciat, rem ejus non fuisse, qui transferre voluerit dominium? Num *Ill.* Thibaut auctore eum dominum esse putabis, et possessorem coges, ut contrarium ostendat? Fieri vix potest. Quum enim permutatio in rebus tantum permutantium propriis cogitari possit et in alienis nulla sit, a petitore neces-

sario probandum est, rem sibi traditam fuisse auctoris; quod si non fecerit, ne justum quidem titulum videbitur probavisse, quia permutatio justus traditionis titulus non est, si res ejus non fuit, qui eam tradidit.

§. 16.

Deinde legum auctoritate contendere nobis licet, rei vindicationem praeter dominum transferre in alterum posse neminem. Quod sententiae Thibautianae e contrario repugnat, et a Gajo Libro X. ad Edictum Provinciale probatur, qui in *L.* 35. §. 4. *D. de contrahenda emtione.* XVIII. 1. haec scribit:

Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos (emtorem et venditorem) *de custodia rei convenerat. Si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias rebus suis adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen vindicationem rei et condictionem exhibeat emtori. Unde videbimus in personam ejus, qui alienam rem vendiderit: cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem transferre.*

Quibus verbis de dominii probatione nihil continetur. Nihilosecius inde ostenditur, rei vindicationem ab alio, praeterquam a domino, cedi alteri non posse. Quam ob rem, si alienam rem tradidit venditor, vindicare eam emtor non potest. Jam vero nullam rationem video, qua illud cum sententia ab *Ill.* Thibaut proposita conciliandum esse videatur. Ex ea enim si venditoris dominium praesumeretur, quid impediret emtorem, quominus eam rem vindicaret, et quid referret ejus, utrum rem propriam an alienam alter vendidisset? Nihil profecto. Unde ne in cessione quidem rei vindicationis de venditoris dominio quaestio oriri potest,

quum illud praesumatur, licet aliena res vendita sit. Illud tamen legis laudatae argumento adversari, nemo erit, qui negare audeat. Itaque si ne cedi quidem rei vindicatio emtori aliter potest, quam si venditorem rei dominum esse constiterit; (quod ab eo probandum est prius, quam actionem in emtorem transferat) quomodo ejus dominium, si emtor revera rem vindicaverit, praesumere in fraudem possessoris licebit? Ac mihi quidem nihil videtur interesse, utrum emtor vindicatione uti velit, postquam eam cesserit venditor, an vindicare sine cessione. Primo casu dominii probationem ab venditore emtor exigit, ut sciat, se rei vindicatione instituta victoriam esse reportaturum: secundo reus, a quo rem petiit emtor, probari ab eo dominium venditoris postulat, quia petitor ab eo rem dicit se accepisse. Sin ergo certus esse debet emtor ante quam rem vindicet, dominum ejus fuisse venditorem, quia aliter vindicatione uti non potest, non apparet, quid causae sit, cur id nolit probare, quod ad fundamentum agendi sine ulla dubitatione pertinet. Eam ipsam ob causam in arbitrio emtoris est, utrum rem vindicare, an Publiciana actione petere malit: alterum faciet, si certo constiterit, sive per ipsum venditorem, sive aliunde, rem fuisse venditoris propriam: alterum, si cognosci illud non potest.

§. 17.

Tum exceptionis rei venditae et traditae neque ratio neque necessitas intelligitur, si ab eo, qui rem alienam vendidit, eamque, quia dominium postea acquisivit, ab emtore vindicat, probatio dominii auctoris non exigitur. Nam ex juris rigore vix victoriam reportabit venditor, qui eam non perfecit probationem. Tota venditoris actio ea nititur, quia res ab eo ex titulo dominii postea acquisiti vindicatur. Unde demonstrandum est, eum, a quo dominium post venditionem acquisiverit, fuisse verum rei dominum. Quo non pro-

bato, cogi emtorem, ut venditori rem restituat, a quo causam acceperit possidendi, quis est, quin aequitati non solum, verum etiam legibus ipsis repugnare arbitretur? Illud enim jus possidendi, quod venditor habuit, et dominio auctoris non probato habiturus est, idem emtori omnino tribuendum est. En ergo exemplum rei vindicationis, in quo non negabis, illam probationem prorsus esse necessariam atque ita comparatam, ut petitor omni modo superior discessurus sit, nisi possessor exceptione rei venditae et traditae avertere possit condemnationem. Neque aliter rem sese habere confitearis necesse est, etiamsi ex Thibautiana sententia probationem pertractari volueris; imo, sive ea secundum hanc, sive secundum vulgarem sententiam perficiatur, ad extremum ne minimum quidem differre invenies. Fac, venditorem rem venditam atque traditam ex titulo dominii serius acquisiti vindicare. Atque hic quidem si, modum acquirendi probavit, ex Thibautiana sententia pro domino habendus est. Jam vero reus, qui emit rem a petitore, etiam modum acquirendi demonstrare potest, ideoque similiter praesumendum ejus dominium est. In casu proposito illud maxime notandum est, venditorem, qui rem petiit ab emtore, ejus esse auctorem. Unde probata utrimque acquisitione duae praesumtiones ab utraque parte sibi e regione oppositae sunt: altera, ex qua auctor venditoris, qui ab eo dominium acquisivit, pro domino habendus est; altera, ex qua de dominio venditoris, qui auctor ejus est, a quo rem postea vindicavit, idem statuitur. Quod cum ita sit, ne ex Thibautiana quidem sententia aliter jure stricto venditor efficere poterit emtoris condemnationem, quam si ostenderit, se, quo tempore vendiderit rem, eo non fuisse dominum; ejus potius rem fuisse, a quo eam postea acquisiverit. Quid vero? num ea probatio ab illa minimum differt, quae ex vulgari sententia statim ab initio imponitur petitori? Nihil, nisi illud, quod ex Thibautiana sententia duae a peti-

tore specie proposita probationes perficiendae sunt, altera, qua modum acquirendi, altera, qua auctoris dominium ostendit, ex vulgari autem doctrina utraque probatio statim conjungenda atque una absolvenda est. Eam ipsam ob causam, quod lis breviori tempore finiri potest, vulgaris sententia hoc quidem casu praeferenda esse videtur. Ac praeterea mirum est, ex Thibautiana sententia petitorem, ut jure stricto vincere reum possit, cogi, ut contra se ipsum probationem suscipiat, qua se tempore venditionis celebratae rei venditae non fuisse dominum ostendat. Quod mihi quidem cum regulis de probandi officio imponendo constitutis videtur vix posse conciliari.

§. 18.

Porro, qui Thibautianam sententiam amplectuntur, vix poterunt invenire, quid causae sit, cur in quaestione dominii ab eo, cui evictio immineat, auctori lis debeat denunciari. Evictionem ex causa dominii duplici modo fieri posse constat. Aut enim emtori rem vindicanti a possessore exceptio dominii objicitur, aut dominus rei eam vindicat ab eo, qui negotio, quo dominium transferri solet, eam ab alio acquisivit. Utroque casu auctori lis denuncianda est, altero ab actore, altero a reo, qui metuit evictionem. Litis denunciatio autem eo consilio fit, ut auctor illi, cui vacuam rei possessionem tradere debuit, in lite ferat auxilium vel mediis probandi subministrandis vel exceptionibus contra adversarium opponendis. Fac ergo, emtorem rem ab extraneo possessore petere dominium emtoris negante: nonne litem a petitore auctori denunciari oportet? et si illud concesseris, cur id fiat necesse est? Ideo, ut opinor, ut auctor in dominio probando petitorem adjuvet et eo probato evictionem avertat. Quod ut probetur, auctoris ipsius interest, quia, si rem suam fuisse non potuit monstrare, evictionis periculum sustinet et id quod interest emtori praestare debet. Jam

vero, si sententiam Thibautianam in dominio probando sequimur, litis denunciationis vix utilitatem, nedum necessitatem intelligimus. Ex ea enim si petitor justa causa praecedente et traditione probata satis superque fecit officio, quia auctor ejus pro domino habetur, donec reus contrarium ostenderit, cur litem denunciandam auctori arbitramur, qui praesumtione dominii ab evictionis periculo satis defenditur? Eadem praesumtio dominii inutilem reddit litis denunciationem, quia cogitari ratio nulla potest, qua auctor petitori auxilium ferre queat. Verum enimvero legibus litis denunciationis officium ei, cui evictio imminet, impositum est. Quod cur factum sit, quia non intelligitur, nisi ab iis, qui a petitore probationem dominii auctoris exigunt, nec vero a Thibautianae sententiae defensoribus, illud potissimum argumento est, jam apud Romanos istam probationem fuisse necessariam.

§. 19.

Accedit, quod discrimen illud, quod inter Publicianam actionem et rei vindicationem *Ill.* Thibaut intercedere arbitratur, acute quidem excogitatum est, nec vero omni ex parte potest comprobari. Statuit enim, petitorem rei vindicatione usum superari, si auctorem ejus non fuisse dominum adversarius ostenderit; Publiciana autem actione instituta, etiamsi id probatum sit, tamen lite esse superiorem, nisi possessor praeterea malam fidem monstraverit petitoris. Atqui si auctor petitoris in mala fide versatus est, statui illud videtur non posse. Nam qui rem alienam ab alio, rem esse alienam, non ignorante, emit et traditam accepit, neque usucapere eam, neque Publiciana actione uti amissa possessione potest, quia qui rem alienam ignorante vel invito domino mala fide vendidit, furtum videtur commisisse. Quod ostendunt:

1. L. 1. C. *de usucapione pro emtore.* VII. 26.

Mancipia tua si ab eis distracta sunt, qui jus vendendi non habuerunt, vindicare ea potes. Nec enim usucapi ab emtoribus potuerunt, quum illicita venditione furtum contractum sit.

2. *L. 7. C. eod.*

Sciens servum alienum contra domini voluntatem venumdans furtum committit. Quod rei vitium, priusquam ad dominum ejus revertatur possessio, non permittit (vulgo *permittitur*) *usucapionem fieri, licet bona fide possideatur.*

3. *L.* 9. §. 5. *D. de Publiciana in rem actione.* VI. 2. Ulpianus Libro 16. ad Edictum.

Haec actio (Publiciana in rem) *in his, quae usucapi non possunt, puta furtivis vel servo fugitivo, locum non habet.*

Unde intelligitur, bonae fidei emtorem, licet Publiciana tantum actione usus sit, tamen lite esse inferiorem, modo venditorem mala fide rem tradidisse ab adversario fuerit probatum. Itaque bona fides solius petitoris non respicitur; imo mala fides auctoris probata eam habet vim, ut possessor absolvendus sit. Atqui rerum tantum mobilium illicita venditio pro furto potest haberi, quia rerum immobilium natura furtum omnino non admittit. Quare objecerit quispiam, res mobiles solas ignorante domino venditas propter vitium furti Publiciana a bonae fidei emtore peti non posse; nec vero in rebus immobilibus ita venditis actionem ei esse denegandam. Atque illud, si locorum tantum, qui in Pandectis reperiuntur, rationem habemus, omni modo debemus concedere. Rei enim immobilis furtum non committi ideoque fundum a malae fidei possessore alienatum a bonae fidei emtore usucapi posse, his Pandectarum locis monstratur.

1. *L.* 37. §. 1. *L.* 38. *D. de usurpationibus et usucapionibus.* XLI. 3. Gajus Libro 2. Institutionum et Libro 2. Rerum quotidianarum.

Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem: quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit, vel longo tempore abfuerit. Quam rem ipse quidem non potest usucapere, quia intelligit alienum se possidere et ob id mala fide possidet: sed si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit is usucapere; quia neque vi possessum neque furtivum possidet. Abolita enim est quorundam veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri.

2. *L.* 7. §. 6. *D. pro emtore* XLI. 4. Julianus Libro 44. Digestorum.

Procurator tuus si fundum, quem centum aureis vendere poterat, addixerit triginta aureis in hoc solum, ut te damno afficeret, ignorante emtore: dubitari non oportet, quin emtor longe tempore capiat. Nam et cum sciens quis alienum fundum vendidit ignoranti, non interpellatur longa possessio.

Verum enimvero Nov. CXIX. cap. 7. constitutum est, ut, quicunque a malae fidei possessore rem sive mobilem sive immobilem bona fide acquisiverit, eam non intra tempus consuetum praescriptioni destinatum, sed triginta annorum tantum possessione usucapere possit. Qua ex lege non illud sequi arbitror, rerum immobilium illicita venditione furtum committi eamque ob causam consuetam impediri praescriptionem; imo, bonae fidei emtorem, qui a malae fidei possessore ignorante domino rem sibi comparaverit, non posse uti Publiciana, nisi auctoris mala fide a reo probata dominum illud ostenderit non ignorasse. Unde quod *Ill.* Thibaut in rei vindicatione reo injungit, ut petitoris auctorem non fuisse dominum probet, in Publiciana prae-

terea, ut hoc non ignorasse demonstret petitorem, non omnino sufficit. Nam ne in Publiciana quidem actione sola bona fides actoris efficit possessoris condemnationem: imo mala fides auctoris, a quo actor causam habet possidendi, abesse debet. Alioquin reus absolvitur. Quod cum ita sit, in rei vindicatione tantum, nec vero in Publiciana auctoris respiciendam esse possessionem, *Ill.* Thibaut concedi non potest. In utraque potius actione auctoris ratio habenda est, et illud solum interest, quod petitor, qui vindicavit rem, vincitur, si auctor dominus non fuit; Publiciana actione autem usus inferior discedit, si auctor malae fidei possessor fuit.

§. 20.

Quod denique probatio dominii auctoris dicitur esse difficillima, verum quidem est: nec vero debemus nobis persuadere, facilius dominium posse probari, si in Thibautiana sententia acquieverimus. Fac Publiciana usum esse aliquem, ideoque discessisse inferiorem, quod possessor se quoque, sicuti petitorem, bona fide et justo titulo rem acquisivisse probaverit. Absoluto possessore, nihil aliud superest petitori, quam ut ad rei vindicationem refugiat. Qua instituta nunc videamus, quid ab eo ex *Ill.* Thibaut sententia probandum sit. Utrique litigatori, qui jam antea modum acquisitionis demonstravit, favet praesumtio dominii auctorum. Ut ergo petitor victoriam reportare possit, possessoris auctorem non fuisse dominum probare debet: idem a possessore contra petitoris auctorem ostendi oportet, ne sententia condemnetur. Unde duabus probationibus et duabus contrarii probationibus opus est, ut ad finem res perduci possit: quibus ab utroque litigatore perfectis tamen nondum certo constat, utrum petitor an possessor revera habeat rei proprietatem. Quum enim utriusque auctores domini non sint, utraque pars dominium rei habere non potest; neque alia ratione lis finietur, nisi ea, ut in pari causa pro possessore pro-

nuncietur. At longe brevior erit disceptatio, si secundum vulgarem sententiam statim ab initio petitor dominium auctoris probavit. Quod si factum est, neque contra possessorem a petitore, neque contra hunc ab illo aliud quid praeterea probandum est. Nam si petitoris auctor dominus fuit, etiam petitor dominium habet; ideoque de jure possessoris ut quaeratur, necesse amplius non est; quia si petitor dominus est, possessor is esse non potest. Accedit, quod credibile non est, probare malle petitorem, auctorem adversarii non fuisse dominum, quam suum auctorem habuisse rei dominium, quum hoc facilius, quam illud probari possit.

§. 21.

Atque illa ipsa probatio dominii, quae ex *Ill.* Thibaut sententia perficienda est, re accuratius considerata cum vulgari videtur conspirare. Fac petitorem probata acquisitione pro domino haberi, donec reus contrarium probaverit. Nonne, si reus hanc probationem perfecit, actorem ad novam probationem putabis esse admittendum, qua auctoris sui dominium ostendat? At obstat, quod in proverbio est, adversus contrariam probationem novam contrarii probationem concedi non posse. Nihilosecius ferendum non est, ad dominium auctoris sui probandum non admitti petitorem. Quem si non admittis, quid de causarum patrono dices, qui actoris causam orans, quum sciat, reum esse probaturum, petitoris auctorem non fuisse dominum, huic probationi non ita occurrerit, ut sui clientis auctorem dominium rei habuisse ostendat? Fieri non potest, quin ejusmodi causae patronum, si tu rem vindicares, et is tuam causam ageret, juris si non imperitum, at certe imprudentem esse et tuae causae male consuluisse dicturus sis. Idque merito. Ubi enim actor actionem, reus exceptionem debet probare, ibi actor sibi optime prospexerit, qui, cum fundamentum agendi probet, simul contrariam probationem contra adver-

sarii exceptionem susceperit. Atque id quotidie in foro fieri solet et debet. Quod si non fecit actor et probationis tempus praeterlapsum est, novum spatium ei concedi non potest, ut, postquam reus exceptionis veritatem ostendere studuit, contrarium ejus actor probare possit. Idem in dominio ex *Ill.* THIBAUT sententia probando existimandum est. Jam vero, quaeso, quid interest, utrum actor, quia scit, reum auctoris dominium esse impugnaturum, praeter titulum et modum acquirendi auctoris etiam dominium ostendere studeat, an ab initio statim, nulla ratione habita ejus, quod reus probaturus sit, ex vulgari sententia ad probandum auctoris dominium accedat? Nihil profecto. Quam ob rem utraque sententia ad extremum nihil differt, nisi illud, quod ex Thibautiana sententia reus, ut vincat petitorem, ejus auctorem non fuisse dominum probare debet, ex vulgari autem ad dominium auctoris impugnandum non cogitur, imo quiete expectare, quid actor probaturus sit, et si ab eo nihil probatum esse animadvertit, contrariam probationem omittere potest. Atque eam ipsam ob causam, quod Thibautiana sententia ad impugnandum auctoris dominium cogit possessorem, ingenue fateor, vulgarem mihi praeplacere, quia necessitas contrariam probationem subeundi in jure nulla est, nisi actori faveat praesumtio legibus agnita et confirmata. Cujusmodi praesumtio tamen cum petitori, sicuti pluribus antea demonstrare studuimus, non adsistat, ratio nulla est, cur ab adversario exigatur, ut auctorem petitoris non fuisse dominum ostendat.

§. 22.

Quibus expositis, nihil aliud restat, quam ut in probatione inter rei vindicationem et actionem Publicianam jam apud Romanos multum interfuisse ex eo explicemus, quod multum referre auctoris ICti dicunt, utra actione petitor utatur. Sic PAPINIANUS Libro 28.

Quaestionum *L. 66. pr. D. de evictionibus.* XXI. 2. haec scribit:

> *Si, cum venditor admonuisset emtorem, ut Publiciana potius vel ea actione, quae de fundo vectigali proposita est, experiretur, emtor id facere supersedit: omnimodo nocebit ei dolus suus, nec committitur stipulatio.*

Quo loco nomen quidem actionis non continetur, quam ab emtore omitti et cujus loco institui Publicianam aut actionem in rem utilem venditor maluit. Verumtamen, quin ea rei vindicatio debeat intelligi, dubitare nemo potest, quia huic potissimum respondet et hujus maxime loco institui solet Publiciana, qua sperant, fore, ut facilius vincant adversarium. Quod si concessum est et quaeritur, cur tantum intersit venditoris, Publicianam potius, quam rei vindicationem ab emtore institui, ut si hanc elegerit emtor, ad evictionem praestandam conveniri non possit venditor, neque committatur duplae stipulatio, nihil aliud, ut opinor, respondebitur, nisi probationis causa auctori Publicianam esse commodiorem, quam rei vindicationem. Ego vero non eam intelligo probationem, quam *Ill.* Thibaut imponit petitori. Sive enim res vindicetur, sive Publiciana petatur ab aliquo, probatio a parte petitoris eadem est, si Thibautianam sequeris sententiam. Nam in utraque actione justam causam praecedentem et traditionem ostendi ab eo sufficit, et omnis probationis difficultas in adversarium devolvitur. Unde ne auctor quidem in probatione tituli ac traditionis succurrere cogitur petitori, quia ea probatio facillima est. Quam ob causam, quum actor rem vindicans de suo tantum nec vero de auctoris jure ex Thibautiana sententia probationem suscipere teneatur, auctoris nihil potest referre, utram actionem emtor elegerit, quia, sive hanc, sive illam instituerit, ut auxilium ferat petitori, necesse non est, neque prodest huic ejus auxilium. Verum enimvero, si, uti ex vul-

gari sententia fieri debet, auctoris dominium petitori probandum est, auctor lite denunciata assistere illi cogitur: quod auxilium nihil profuturum est, nisi auctor dominum rei venditae sese fuisse probaverit. Fac ergo, auctorem de dominio suo dubitare et probatione ejus diffidere, nonne magnam atque gravem eam esse causam putabis, suadendi, ut emtor Publiciana potius, quam rei vindicatione experiatur, quum in hac quidem, nec vero in illa dominium auctoris probari oporteat, et Publiciana instituta ea probatione auctor liberetur?

Caput II.

Quaeritur, num dominii auctoris probatio ex fontibus Juris Romani ostendi possit?

§. 1.

Quod nunc cepimus consilium, ut inquiramus, num vulgaris de probando dominio sententia ex locis monumentorum Juris Romani, quae ad nostra usque tempora pervenerunt, confirmetur, illud optime perfici posse putamus, si Vindicationem ab antiquissimo inde tempore consideraverimus. At tantum abest, ut hic locus sit explicandi solennitates formulasque in Vindicatione a Romanis observari solitas, ut ea tantum delibanda sint, quae ad illustrandam dominii probationem vim habere videantur. Modum vindicandi veteribus solennem duo potissimum auctores descripserunt, Cicero *pro Murena cap.* 12. et Gajus *Inst. Comm. IV.* §. 16. 17. quorum loci nisi conjuncti alter ex altero explicentur, veritas vix invenietur. Atque illis quidem auctoribus petitor, qui rem ex causa Praetori exponenda (qua

ego titulum ac modum acquirendi intelligendum arbitror) suam esse ajebat, eam in jus allatam his vindicabat verbis: *Hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse ajo secundum suam causam, uti dixi: ecce tibi vindictam imposui.* Nunc Praetor, quod ex cessionis in jure formula vindicationem imitante colligi commode potest, interrogabat adversarium, utrum *contra vindicaret* i. e. eandem rem etiam suam ex jure Quiritium esse diceret, necne. Quo facto adversarius, si cedere nolebat petitori, contravindicabat, et quaecunque ab illo dicta et facta essent, similiter repetebat. Vindicatione utrimque peracta, Praetor ab utroque litigatore mitti jubebat rem apprehensam. Quod postquam uterque dicto Praetoris audiens fecerat, qui prior vindicaverat, hoc modo interrogabat adversarium: *Postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris?* Nam quae a Gajo *l. l.* nobis servata est hujus interrogationis formula, ea tantum vera ac genuina esse videtur, longe melior certe, quam quae apud Ciceronem *pro Murena cap.* 12. reperitur ita servata: *Sed anne tu dicis causa vindicaveris?* Verba enim, *dicis causa, dicis gratia*, quibus etiam Gajus *Inst. Comm. I.* §. 141. 190. usus est, hoc certe Ciceronis loco sensum praebent vix idoneum. Unde dubitari non potest, quin hujus loci lectio a librariis depravata sit. Vulgata lectio est: *sed anne tu dicis, qui causa vindicaveris?* Quod quidem *qui* auctoribus Lambino, Victorio. *V. L. IV.* 23. Antonio Augustino *Emendat. II.* 20, Cujacio *Obs. V.* 33. et Manutio ad *Verrem IV.* 24. delendum esse Schuetzius censuit. Immerito; nam *qui* est ablativus obsoletus pro *qua*, veluti Caes. *de bell. Gall. I.* 8. *a lacu Lemano, qui in flumen Rhodanum influit.* Cf. Gerardi Joannis Vossii *de arte grammatica. Lib. VI.* s. *de analogia Lib. IV. cap.* 6. Ego vero lectionem vulgatam aut tuendam puto, aut ita fortasse mutandam: *Sed anne tu dicis, qua causa vindicaveris?* Quod ut fiat, suadet Gaji *l. l.* auctoritas, ex quo formulam illam antea descripsi. Fuit ergo,

ut ad rem nostram redeamus, petitore postulante a possessore exponendum, qua ex causa vel, ut verbis ICtorum utamur, quo ex titulo ejusdem rei sibi tribuisset dominium. Unde patet, in Vindicatione antiqua petitorem perinde ac possessorem ejusdem rei dominium ex jure Quiritium sibi asseruisse, et ab utroque litigatore causam sive titulum ac modum acquirendi fuisse Praetori exponendum.

§. 2.

Atque hujus maxime vindicationis ac contravindicationis ratio debet haberi, ut bene et apte responderi possit, si quaesitum fuerit, quid in rei vindicatione a petitore jure antiquo fuerit probandum. Nam quum uterque litigator ejusdem rei dominum sese diceret, ab utroque dominium probaretur necesse erat. Neque vero eum ad finem solius tituli ac modi acquirendi probatio sufficiebat; imo, si uterque ab altero dominium sese dicebat acquisivisse, ab utroque in eo elaborandum erat, ut auctoris sui dominium ostenderet. Quod ex eo probabile fit, quod mancipatione et in jure cessione, quibus acquisitionibus jure antiquo potissimum Romani uti solebant, dominium nisi ab eo, qui ipse dominus rei ex jure Quiritium esset non poterat transferri. Jam vero si alteruter litigator aut mancipatione aut in jure cessione rei dominium acquisiverat, neque ad vindicationem neque ad contravindicationem excusandam satis erat, ut aut mancipatam sibi rem aut in jure cessam ab alio monstraret; imo etiam auctorem dominium ex jure Quiritium habuisse ostendere debebat, ne ipsa mancipatio aut in jure cessio nulla et invalida fuisse videretur. In primis hujus probationis necessitas de petitore intelligenda est, quippe qui ea non perfecta efficere non potuisset possessoris condemnationem. Accedit, quod similis a possessore expectanda erat probatio, quandoquidem hic quoque rei dominum sese esse contenderat. Sic ergo Vindicatio antiqua revera erat

quaestio de dominio utriusque litigatoris. Qua in re a rei vindicatione recentiori longe differt, in qua petitor tantum, nec vero possessor dominium rei sibi tribuit, imo hic, possessionis commodis nixus, quiete expectat, quid actor probaturus sit. In Vindicatione autem antiqua probationem dominii eam fuisse, quam *Ill.* Thibaut suscipiendam esse arbitratur, vix erit quisquam, qui sibi persuadeat. Uterque enim litigator quum rei dominium sibi vindicaret et titulum modumque acquirendi exponere deberet, quid, quaeso, proderat acquisitionis sola probatio ab utroque peracta, quum nunc utriusque auctor ex *Ill.* Thibaut pro domino habendus esset? Scilicet nihil aliud supererat, quam ut petitor possessoris, et hic petitoris auctorem non fuisse dominum ostenderet. Atqui ea probatio jure antiquo longe fuit difficilior, quam quae ex vulgari sententia imponitur. Num ergo existimandum est, futurum fuisse, ut uterque litigator probationem istam difficiliorem eligeret, quum alteram facillime perficere posset, modo probasset, auctorem suum rem usucepisse? Quod cum credi vix possit, non injuria contendere nobis licet, jure antiquo dominium auctorum, nisi rem alteruter litigator usucepisset, ab petitore pariter atque a possessore probari non solum consuevisse, verum etiam debuisse.

§. 3.

Argumentum, quo illud confirmetur, haud contemnendum ex indole legati vindicationis modo relicti haud scio, an repeti posse videatur. Auctoribus enim Gajo *Inst. Comm. II.* §. 196. et Ulpiano *Fragm. Tit. XXIV.* §. 7. eas tantum res per vindicationem licebat legari, quae et quum testamentum conderetur, et quum moreretur testator, ejus ex jure Quiritium fuerant. A quibus eximendae sunt res pondere, numero vel mensura definiri solitae, quae, si, quo tempore mortuus esset testator, fuerant in ejus proprietate, valide vindica-

tionis modo legari poterant. Atque res per vindicationem legata e dominio, quod fuerat testatoris, ipso jure transibat in legatarii potestatem, modo ab herede adita esset hereditas, ita ut legatario eam vel ab herede vel a quovis alio possessore petere atque intendere liceret, rem suam esse ex jure Quiritium. Jam vero ante quam Senatusconsulto Neroniano, quaecunque minus aptis legata essent verbis, legato optimo jure sive damnationis exaequata sunt, non valebat legatum vindicationis, nisi res testatoris ex jure Quiritium fuisset. Quam ob rem a legatario rem vindicante non minus legatum, quam testatoris dominium debebat probari. Illud tamen tantum abest, ut tum tantum statuatur, quum ab extraneo rei legatae possessore rem petierit legatarius, ut tum etiam, quum ab herede eam vindicaverit, dominium testatoris probandum ab eo fuisse videatur. Adversus eum, qui praeter heredem rem detinebat, hoc ideo probandum erat legatario, ut exceptioni, qua possessor objiceret, rem, cujus dominium non habuerit testator, ab eo in alterum non potuisse transferri, mature occurreret. Alioquin non probata testatoris proprietate metuendum erat, ne justum titulum vix probasset legatarius. At contra heredem rem legatam possidentem idem a legatario ostendi debere, quum ex rei vindicationis fundamento intelligatur; tum vero etiam similitudo aliarum probationum docet, quae semper legatariis injungi consueverunt. Jam aequitas suadet, ut legatario magis, commodum quippe ex hereditate percipere volenti, quam heredi, qui multa saepissime praeter expectationem agnoscere cogitur onera, probatio ejusmodi imponatur. Legatum enim non aliter peti posse, quam si validum sit, facile quisque nobis concesserit; unde sequitur, legati vim ac firmitatem a legatario multo magis, quam ab herede vitium ejus ac nullitatem, ut ita dicam, esse probandam. Quum ergo legatum vindicationis non valeat, si res testatoris ex jure Quiritium non sit, ad legatum ipsum conservandum legata-

rius, dominum fuisse testatorem, ostendat omnino necesse est. Accedit, quod non desunt exempla, ubi simili probatione legatarii onerantur. Ita verbi causa rei alienae legatum, si testator rem alienam esse ignoravit, vim habet nullam. Quapropter legatario rem ab herede petenti necessitas monstrandi injungitur, non ignorasse testatorem, eam esse alienam. Sic Marcianus Libro 6. Institutionum *L. 21. D. de probationibus.* XXII. 3. scribit:

> *Verius esse existimo, ipsum, qui agit, id est, legatarium probare oportere, scisse alienam rem vel obligatam legare defunctum: non heredem probare oportere, ignorasse alienam vel obligatam, quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.*

Quae probatio quum ex Marciani sententia per se ad legatarium ideo pertineat, quia actoris partes sustinet, tum vero eam ob causam ab eo videtur esse suscipienda, quia lucrum ex hereditate captare vult. Idem de testatoris dominio probando in legato vindicationis dicendum est. Nec vero deerunt, qui postea, quam SC. Neroniano omnia legata minus aptis verbis relicta legato damnationis exaequata fuerint, istam probationem factam esse supervacaneam contendant. Quibus id lubenter concesseris, si de jure tantum legatarii adversus heredem quaesiverint. Nam etiamsi res vindicationis modo legata frustra a legatario petita est, ideo quod testatoris dominium non potuit probare, tamen heres legati praestatione neutiquam liberabitur: imo solvere debebit aestimationem, modo ostenderit legatarius, non ignorasse testatorem, rem esse alienam. Verum enimvero contra eum, qui heres non est, et tamen rem possidet vindicationis modo relictam, non minus post SC. Neronianum, quam ante illud a legatario rem vindicante probandum fuit, eam testatoris fuisse propriam, quia adversarius, si testator dominus non fuit, condemnari neque potest, ut legatario rem restituat, neque ex

legato rei alienae obligatur, quum heres non sit. Neque illud iniquum in legatarium est. Ille enim omni utilitate ex legato nequaquam privatur, si testatoris proprietatem contra extraneum rei possessorem non potuit probare: imo re ab eo possessore frustra petita ad heredem reverti ab eoque aestimationem poterit postulare, modo ea probet, quae ad legatum rei alienae conservandum pertinere videantur.

§. 4.

Quae hactenus de dominio probando dicta sunt, loco ex Codice Theodosiano depromto confirmantur, quo qui clarius de necessitate auctoris dominium probandi agat, vix ullus reperietur. Est *L. un. C. Theod. de Rei Vindicatione.* II. 23. quae quidem constitutio, si inscriptioni fidem habemus, Honorio et Theodosio II., sin autem subscriptionem sequimur, qua Ravennae legem datam esse significatur, Honorio soli tribuenda est. Data est ad Crispinum Comitem et Magistrum equitum et scripta hoc modo:

Quisquis armatae militiae stipendiis communitus in solo publico vel aedificium aliquod extruxerit, vel septis quibuslibet spatia certa concluserit, perpetuo jure et firmo dominio eadem ex nostra generali auctoritate possideat, nec per surreptionem aliquis postea eadem loca a nostra clementia audeat postulare. Illud quoque sancimus, si quisquam militum simili conditione ante hoc tempus loca publica possidenda detinuit ac postea eadem per alias competitionum nebulas detectus fuerit amisisse, reformari eadem: ita tamen, si probatum fuerit, a nullo antea possessum solum hac, qua ostendimus, a milite ratione detentum, vel si, in alios forte eorum militum voluntate translatum fuisse, quod tenuerant, potuerit perdoceri. Ne quis sane post hanc definitionem nostri numinis surripiendo postulare audeat haec spatia, de quibus praesens oraculi nostri

forma comprehendit, poenam viginti librarum auri jubemus adscribi.

Qua lege in favorem militum lata Imperator constituit, ut loca publica a militibus occupata septisque inclusa et aedificia in solo publico extructa ab iis in perpetuum dominii jure possideantur. Sin autem haec loca possessoribus, qui ea primum occupaverint, per preces aliorum ad Imperatorem delatas erepta fuerint, ea restitui jubet prioribus possessoribus rei vindicatione expertis. Jam vero, qui vindicant, secundum constitutionis argumentum debent probare, loca, quae petierint, possedisse antea neminem, ita ut occupari non injuria potuerint, aut eadem ab iis, qui primum ea occupassent, in se, qui nunc vindicent, esse translata. Quibus verbis nemo erit, quin probationem dominii auctoris contineri arbitretur. Probari enim a petitore, rem petitam ab eo, qui eam ipsi tradiderit praevia justa causa, primum esse occupatam, quid aliud est, quam diabolicam suscipere probationem? Quod nostra constitutione petitori illud tantum injungitur, ut auctorem suum primum ea loca occupasse probet, vim, quam haec lex ad vulgarem sententiam confirmandam habet, nullo pacto minuit. Nam occupatione ab auctore facta per petitorem probata dominium auctoris plene ostensum est, ita ut ad remotiores antecessores in dominio probando redeundi necessitas cogitari non possit. Ac praeterea per se intelligitur, Imperatorem etiam remotiorum auctorum dominium a petitore probari voluisse, si forte auctor petitoris proximus ea loca non primum occupaverit, sed ab aliis tradita acceperit. Ceterum si qua oriri posset dubitatio, num constitutione nostra revera de dominio probando ageretur, eam removeret inscriptio tituli *de rei vindicatione*, cui lex inserta reperitur. Accedit, quod constitutio ita intelligenda non est, quasi novum atque inauditum aliquid de dominii probatione Imperator ea constituerit; neque existiman-

dum, Imperatorem in favorem tantum militum, qui loca publica occupaverint, eam probationem, quam injunxerit petitoribus, suscipi voluisse. Nam si novum quid praecipere voluisset Imperator atque juris antiquioris principia de dominio probando immutare, haud scio, an ex Imperatorum Christianae religioni addictorum consuetudine longe aliis verbis uti debuisset. Quam consuetudinem si observamus, vix potest dubitari, quin Honorius juris antiquioris principia se parvi pendere ac contemnere significaturus, et quae ipse nova lege constituerit, praedicaturus ac commendaturus omnibus fuerit. Certe probationis dominii non tam obiter fecisset mentionem. Quod cum ita sit, constitutione laudata ostenditur, eandem dominium auctoris probandi necessitatem, quam jure antiquo injungi petitori consuevisse antea monstrare studuimus, ne sub Imperatoribus quidem desiisse, potius ab iis esse confirmatam.

§. 5.

Jam quaeritur, utrum locis ex Corpore Juris depromtis probatio dominii auctoris defendi possit, an non? Ad quam quaestionem respondeo, inter varios, qui ad eam rem pertinent, locos esse nullum, qui sententiae Thibautianae faveat, et si favere primo adspectu videatur, diversam interpretandi rationem non admittat; plures, ex quibus nihil, neque in hanc, neque in illam partem depromi possit: nonnullos autem reperiri, quibus vulgaris de dominio probando sententia confirmari videatur. Atque his quidem locis a plerisque adnumeratur.

1. *L.* 10. *C. de pigneratitia actione.* IV. 24., ubi Imperatores Diocletianus et Maximianus haec rescripserunt:

Nec creditores, nec qui his successerunt, adversus debitores, pignori quondam res nexas petentes, reddita jure debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata

et consignata et deposita, longi temporis praescriptione muniri possunt. Unde intelligis, quod, si originem rei probare potes, adversario tenente vindicare dominium debes. Ut autem creditor pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas probandi debiti: vel si tu teneas, per vindicationem pignoris hoc idem inducitur: et tibi non erit difficilis vel solutione vel oblatione atque solenni depositione pignoris liberatio.

Argumentum rescripti per se patet. At sicuti prima ejus verba facillime possunt intelligi, ita difficillima verborum: *Unde intelligis, quod, si originem rei probare potes* etc. interpretatio visa est; adeo difficilis, ut, jam Accursius, quid significent, ingenue fassus sit, se prorsus ignorare. Ac ne in *Basilicis* quidem *Libro XXV. Tit. I. cap.* 52. *Tom. IV. p.* 16. aliquid invenitur, quod ad sensum horum verborum illustrandum afferre aliquid possit. Rescriptum nostrum ibi ita in graecum sermonem translatum est: *Οὐδὲ ὁ δανειστὴς οὐδὲ ὁ τοῦ δανειστοῦ κληρονόμος τῷ χρεώστῃ τὸ ἐνέχυρον ἀπαιτοῦντι μετὰ τὴν τοῦ χρέους καταβολὴν ἢ προσφορὰν δύνανται ἀντιτιθέναι μακροῦ χρόνου παραγραφήν· ἀλλὰ κινουμένης τῆς ἐπὶ τῷ ἐνεχύρῳ ἀγωγῆς παρὰ τοῦ χρεώστου τῆς ἐπὶ δεσποτείᾳ ὀφείλουσιν ἐκεῖνοι οἱ τὴν ὑποθήκην δικαιολογούμενοι ἀποδεῖξαι τὸ χρέος. Εἰ δὲ καὶ τοῦ χρεώστου τὰ ἐνέχυρα κατέχοντος ἐκεῖνοι τὴν περὶ τῆς ὑποθήκης ἀγωγὴν κινοῦσι, πάλιν ὀφείλουσιν ἀποδεῖξαι τὸ χρέος. Ἔξεστι δὲ παντὶ χρεώστῃ προσαγαγεῖν τὸ χρέος, καὶ εἰ μὴ βούλεται λαβεῖν αὐτὸ ὁ δανειστής, ἀποθέσθαι καὶ ἐλευθερωθῆναι τῆς προσωπικῆς ἐπὶ τὰ χρέη ἀγωγῆς.* Sensus rescripti bene redditus est. Jam vero ea verba, quae ad rem nostram vim habent maximam, a Basilicorum compilatoribus omissa sunt; quod cur ab iis factum sit, non intelligitur. Admittunt ista verba duplicem interpretandi rationem. Nam aut *probatio originis rei*, nihil aliud est, quam oppignorationis factae demonstratio, aut probatio dominii a debitore subeunda ea significatur.

Ac primam quidem interpretationem praeferendam esse arbitrarer, si in rescripto de actione pigneratitia directa a debitore instituenda ageretur. Sed quum Imperatores pignus a debitore vindicari dicant oportere, quod etiam in loco Basilicorum laudato significatur verbis *κινουμένης τῆς ἐπὶ τῷ ἐνεχύρῳ ἀγωγῆς παρά τοῦ χρεώστου τῆς ἐπὶ δεσποτείᾳ*, secunda explicandi ratio anteponenda est, ex qua *probatio originis rei* dominii probationem significat, quia vix quisquam erit, qui, si debitor a creditore rem vindicet oppignoratam, oppignorationis probationem sufficere sibi persuadeat. Ac plerique ea verba de dominio a debitore probando acceperunt atque adeo sensum eorum extenderunt, ut debitorem dominium omnium auctorum monstrare debere existimarent. *Originem rei* enim seriem auctorum inde ab eo, qui primus rem acquisivit usque ad debitorem, qui nunc se dominum esse contendit, denotare putaverunt. Quod iis lubenter assentirer, si in rescripto uno tantum verbo expressum esset, debitorem pignus vindicantem ab auctore derivasse dominium neque sui ipsius facto illud acquisivisse. Quia hoc factum non est, magna huic legi auctoritas in sententia vulgari confirmanda tribui non potest. Quis enim est, qui certo contendere queat, Imperatores *origine rei* seriem auctorum a primo inde domino usque ad debitorem, qui nunc sibi dominium tribuit, revera intellexisse? Praeterea non desunt, qui *originem rei* nihil aliud, quam acquisitionem rei esse putant. Inter quos merito solus laudandus est immortalis ille Cujacius in *Opp. Postum. Tom. V. p.* 316. edit. Fabrot. Paris. 1658. Quod cum ita sit, ego accedere iis non possum, qui hac lege sola probationis diabolicae veritatem ostendi posse arbitrantur, neque tamen eam praetermittendam esse putavi, quoniam a plerisque sententiae vulgaris defensoribus ad eam veluti ad oraculum quoddam provocatur.

2. *L.* 24. *C. de fideicommissis.* VI. 42. Diocletiani et Maximiani rescriptum.

Instrumenta praediorum per fideicommissum relictorum, quae ad probationem originis eorum pertinent, heredes praestare necesse non habent: cautionem tamen praestare debent, quod, si opus fuerit, legatario seu fideicommissario ipsa, si habeant, proferant.

Sicuti loco antea laudato, ita nunc etiam omnia eo redeunt, ut explicemus, quid sit *probatio originis praediorum*, et quaenam instrumenta intelligenda sint, quibus ea probatio perfici possit. *Probatio originis praediorum* hoc loco significare nihil aliud videtur, quam probationem modi, quo ad testatorem ea praedia pervenerint, quae ab eo testamento legata aut fideicommisso relicta sunt. Instrumenta autem, quae ad probationem originis praedii legati pertinent, sunt omnia documenta, quibus ostenditur, a quo et quomodo ea praedia testator acquisiverit. Ad ea pertinent instrumenta emtionum aliorumve negotiorum dominium transferentium, quibus testator ejusve auctores dominium praedii sibi comparaverunt. Jam si quaeritur, quando legatarius, cui praedium relictum est, hujusmodi instrumentis, quibus dominium testatoris ejusve auctorum ostenditur, indigeat, quid respondebimus? Illud profecto, legatarium his instrumentis non indigere, nisi de dominio rei legatae cum extraneo certet, in qua lite legatarius, sive vindicaverit rem legatam, sive alii eam vindicanti, exceptionem dominii objecerit, testatorem dominum ejus fuisse ideoque se etiam dominium legato accepisse, probare debeat. Nonne hac lege probatio dominii auctoris confirmatur? Quod si aliter *probationem originis praedii legati* interpretari volueris, tamen videbis, ea ipsa verba ad dominii probationem esse referenda. Dixeris fortasse, his verbis significari tantum probationem modi, quo testator praedium acquisiverit. Ponamus verum hunc esse verborum sensum. Illud tamen concedas necesse est, legatarium ad modum, quo testator rem legatam sibi comparaverit, proban-

dum, praeterquam in lite de dominio rei, cogi nullo modo posse. Atque ea ipsa probatio quid aliud est, quam probatio dominii auctoris? Nam si legatarius rem legatam vindicat, et quomodo eam testator acquisiverit, probare cogitur, ostendit dominium auctoris. Testator enim auctor est legatarii. Neque ad rem pertinet, quod dicere potes, probationem modi, quo testator rem legatam acquisiverit, nondum esse probationem dominii auctoris, quia fieri possit, ut, qui rem in testatorem transtulerit, ipse dominium rei minime habuerit. Etenim si probare tantummodo legatarius voluerit, testatorem rem aliquando acquisivisse, nec vero dominium ejus, qui rem testatori tradiderit, ostendere, revera nihil ipsi profutura est ea probatio. Eam enim ipse *Ill.* Thibaut ingenue fatetur, sibi non sufficere videri, si vulgaris de probando dominio sententia vera sit. Quod cum ita sit, sive hac sive illa ratione rescriptum explicueris, confiteri debes, de probatione dominii testatoris a legatario pertractanda in eo agi. Ac si Thibautianam sententiam explicando rescripto admoveris, nihil causae esse videbis, cur legatarius instrumentis dominium testatoris probantibus indigeat. Nam si legatarius rem vindicat legátam, *Ill.* Thibaut ab eo legatum tantum volet probari, ac probato eo testatorem pro domino haberi. Unde legatario instrumentis opus non est, quibus testatoris dominium ostendi possit, quia illud non probatur, sed praesumitur.

§. 6.

Alii deinde in Corpore Juris loci reperiuntur, ubi de dominio probando nihil quidem legitur, sed illud ostenditur, eum tantum rei vindicatione uti posse, qui a domino rem acceperit traditam, vel in dominii quaestione eum esse prae aliis tuendum, qui a domino causam habeat possidendi. Quibus locis vulgaris de dominio probando sententia valde videtur confirmari, quia, cum in rei vindicatione litis eventus a dominio so-

lum auctoris pendet, id per se patet a petitore probari debere, sicuti pluribus antea demonstrare conati sumus. Atque ad eos locos pertinent:

1. *L.* 1. *C. de usucapione pro donato.* VII. 27., ubi Imperator ALEXANDER ad quaestionem a MACEDONIO quodam propositam haec respondet:

Sive fuerit dominus, qui tibi loca, de quibus supplicasti, donavit, sive a non domino bona fide donata suscepisti eaque usucepisti, auferri tibi, quod jure quaesitum est, non potest.

Ad dominium secure obtinendum necesse est, aut ut auctor ejus, qui sibi dominium tribuit, dominus sit, aut usucapio sit absoluta. Quamobrem alterutrum debet probari. Neque iniquum est eum, qui usucapionem probare non possit, probatione dominii auctoris onerari. Dixerit quispiam, rescripto nostro minus de vindicatione, quam de contravindicatione sive exceptione dominii tractari. Quod etiamsi vel maxime concesseris, tamen in necessitate ac materia probationis nihil immutabis. Utrum enim quis rem vindicet, an eam possidens suam esse dicat, nihil potest interesse. Nam vindicationis perinde ac contravindicationis fundamentum dominium est, idque ab eo, qui sibi dominium asserit, sine ulla dubitatione probandum.

2. *L.* 9. *C. de pignoribus et hypothecis.* VIII. 14., ubi Imperator GORDIANUS ad supplicationem ATTICI hoc modo rescribit:

Si dominium ejus possessionis, quae pignori data esset, a debitrice domina ad te translatum est eamque postea creditor vel ejus heredes detinere coeperunt, vindica eam rem, Praeside Provinciae curante, ut fructuum deducta ratione residuoque a te oblato si fuerit satis factum, ea possessio tibi reddatur.

Specie proposita is, qui a debitore pignoratitio pignus sibi comparavit, id a creditore, rei oppignoratae pos-

sessore vindicat. Respondet Imperator, ferri posse vindicationem, si debitor dominus rei fuerit et dominium in alterum voluerit transferre. Neque tam perspicue significasset Imperator, debitorem esse debere dominum, ut ejus successor vindicare possit, si de probando auctoris dominio non cogitasset. Jam vero vide, quam dura sit ac molesta creditoris, qui pignus possidet, conditio, si, qui a debitore dominium derivat suum, eam rem a creditore vindicet, et ab eo dominium ex *Ill.* Thibaut sententia demonstretur. Ac petitor quidem, qui a debitore acquisivit dominium, modum acquirendi probabit et pro domino habebitur, quia auctoris dominium praesumitur. Nunc creditor, qui rem possidet, si dominium non agnosceret petitoris, probare deberet, debitorem non fuisse dominum. Sed ejusmodi probatione pignoris sibi constituti vim ac potestatem ipse impugnaret. Constat enim, creditori, qui rem debitoris non propriam pignori acceperit, maxime, si non ignoraverit esse alienam, ne tum quidem, quum debitor postea dominium acquisiverit, actionem concedi hypothecariam, sed nil nisi exceptionem doli mali, qua possessionem rei pignori datae retinere possit. *L.* 1. *D. de pignoribus et hypothecis.* XX. 1. At vero ea probatione onerari creditorem, quum jam regulis de probatione constitutis adversetur, tum vero etiam aequitati videtur repugnare, quae non admittit, ut quis ejusmodi probationem suspicere cogatur, qua perfecta sui ipsius jus fracturus ac debilitaturus sit. Sed concedamus, creditorem dominium petitoris neque esse negaturum, neque eam probationem suscepturum propterea, quoniam retentione pignoris securum se esse existimet, quid tamen judicabis, si rem oppignoratam quis vindicet, qui aliunde, non a debitore, dominium rei acquisiverit? Huic acquisitione probata favet dominii praesumtio. Creditor autem pignoris conservandi gratia probare debebit, petitoris auctorem dominum non fuisse. Quam iniquum est, hanc difficillimam probationem

injungi creditori, qui ex legibus tum etiam, quum rem alienam debitor pignori dederit, in possessione ejus defenditur, donec ab alio melius jus fuerit probatum? Ac propterea creditorem pignus possidentem ab omni probatione liberandum censeo, quamdiu, qui pignus vindicat, se dominum ejus esse non ostenderit. Jam vero si a petitore dominium probatum est, tum creditori pignoris conservandi causa necessitas imponitur probandi, rem eo tempore, quo oppignorata sit, debitoris fuisse propriam, aut certe domini voluntate pignori datam.

3. *L.* 31. §. 2. *D. de actionibus emti et venditi.* XIX. 1. Neratius Libro 3. Membranarum.

Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emtio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est, sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus apprehendit, hoc est, cui primum tradita est; si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

4. *L.* 11. §. 2. *D. eod.* Ulpianus Libro 32. ad Edictum.

Et in primis rem ipsam praestare venditorem oportet, id est tradere. Quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum: si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat; si modo pretium est numeratum aut eo nomine satis factum. Emtor autem nummos venditoris facere cogitur.

5. *L.* 6. *C. si quis alteri vel sibi alterius nomine.* IV. 50. Ex hoc Diocletiani et Maximiani rescripto ad nostram rem tantum pertinent ultima verba:

.... *Quare in dominii quaestione ille potior habetur, cui possessio a domino tradita est.*

Tres locos posteriores, quos nunc laudavimus, si cum *L.* 20. *D. de acquirendo rerum dominio.* XLI. 1. conjunxe-

rimus, illud profecto confiteamur necesse est, in dominii quaestione totius litis eventum in eo esse positum, ut certum sit, utrum auctor petitoris dominium habuerit, necne. Id autem a petitoris probatione pendere, pluribus demonstrare jam antea ausi sumus.

§. 7.

Denique sunt loci Corporis Juris, quos si obiter consideraveris, sententiae Thibautianae favere putabis, alia autem interpretandi ratione adhibita cum vulgari sententia conciliari posse concedes. Inter eos hi potissimum digni videntur, quorum verba nunc describantur:

1. *L.* 15. *C. de rei vindicatione.* III. 32., ubi Diocletianus et Maximianus ad preces Aureliae Philoxenae haec respondent:

Quoties duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem. Si igitur antecedente tempore te possessionem emisse ac pretium exsolvisse apud Praesidem Provinciae probaveris, obtentu non datorum instrumentorum expelli te possessione non patietur. Erit sane in arbitrio tuo, pretium, quod dedisti, cum usuris recipere: ita tamen, ut perceptorum fructuum ac sumtuum ratio habeatur; cum et si ex causa donationis utrique dominium vindicetis, eum, cui priori possessio soli tradita est, haberi potiorem conveniat.

2. *L.* 16. *C. de probationibus. IV.* 19. Iidem Imperatores ibi haec rescribunt:

Sive possidetis praedia, quae a patre communi sibi fratres emancipati donata contendentes vindicant: ipsis incumbit facti probationis necessitas: sive ipsis ea praedia quasi a patre vestro sibi donata tenentibus vos coheredes constituti patris petitis: ut intentionem ve-

stram non constitisse detegant, unde domini facti sunt, emergenti quaestione docere compelluntur.

Utroque loco ad probandum dominium sufficere dicitur justae causae praecedentis ac traditionis probatio, neque requiritur, ut auctoris dominium ostendatur. Jam vero speciebus propositis et petitor et possessor ab uno dominium suum derivant. Unde nihil refert, utrum auctor utriusque partis communis dominus fuerit, necne; sed illud potius quaeritur, uter inter litigatores praeferendus esse videatur. Ac secundo quidem loco probatio dominii auctoris propterea non exigitur, quia cum testator uni ex heredibus inter vivos rem donavit, voluntas ejus a reliquis heredibus omni modo conservanda est; quandoquidem illi, qui omnia testatoris facta praestare debent, hujusmodi donationem non possunt impugnare. Atque ipse *Ill.* THIBAUT, his locis ad suam sententiam firmandam nihil afferri, lubenter nobis assentietur.

§. 8.

Quos praeterea reperi locos de dominii probatione scriptos, ad rem meam facere nihil existimavi, quia iis necessitatem quidem probationis petitori imponi, nec vero certo, quid probandum sit, definiri animadverti. Laudati jam sunt Cap. I. §. 7. hujus libelli. Sunt autem tres adhuc, quos excitandos esse arbitror, et ad vulgarem sententiam confirmandam valere putarem, nisi diversam admitterent interpretationem.

1. *L.* 1. *C. ad exhibendum.* III. 42. Imp. ALEXANDRI rescriptum.

Si dominium ancillae, de qua agis, ad matrem tuam pertinuit, nec jure a patre tuo venumdata est, ejusque proprietatem tibi vindicare paratus es: Praeses Provinciae exhiberi eam jubebit, ut apud judicem de rei veritate quaeratur.

Filius ancillam matris, quam a patre injuria venditam esse contendit, vindicaturus exhiberi sibi eam postulat. Quod fieri debere jussu Praesidis ALEXANDER scribit, si revera proprietatem ancillae mater petitoris habuerit. Unde existimari potest, probari dominium matris a petitore debere eamque probationem esse eandem cum probatione dominii auctoris. Verum enimvero non de rei vindicatione hoc loco agitur, sed de actione ad exhibendum, atque in ea ipsa actione ab actore non plenam dominii probationem postulari quum legibus confirmatur, tum constans omnium fere ICtorum opinio est. Atque ita pro communi de dominio probando sententia ex hoc certe loco nullum derivari potest argumentum.

2. *L.* 41. §. 1. *D. de rei vindicatione.* VI. 1., ULPIANUS. Libro 17. ad Edictum.

Si servus mihi vel filiusfamilius fundum vendidit et tradidit, habens liberam peculii administrationem: in rem actione uti potero. Sed et si domini voluntate rem tradat, idem erit dicendum: quemadmodum cum procurator voluntate domini vendidit vel tradidit, in rem actionem mihi praestabit.

3. *L.* 39. §. 1. *D. de evictionibus.* XXI. 2. JULIANUS Libro 57. Digestorum.

Si servus tuus emerit hominem et eundem vendiderit Titio, ejusque nomine duplam promiserit et tu a venditore servi stipulatus fueris: si Titius servum petierit et ideo victus sit, quod servus tuus in tradendo sine voluntate tua proprietatem hominis transferre non potuisset, supererit Publiciana actio, et propter hoc duplae stipulatio ei non committetur.

Priori loco vulgarem sententiam defendi posse existimarem, nisi *dominus* ibi significaret etiam eum, qui alteri aliquid mandat, *den Principal*, qui opponitur procuratori. Videntur tamen fuisse, qui dominum hoc loco,

eum, qui proprietatem rei haberet, esse putarunt, sicuti ex glossemate patet, in omnibus fere editionibus uncis incluso: *sed et si domini voluntate [domini] rem tradat* etc. De secundo loco idem mihi persuaderem, si ibi quaereretur, possetne servus rei proprietatem transferre sine domini rei voluntate. Jam vero quia non hoc, sed illud quaeritur, possitne servus sine domini sui voluntate rei dominium in alterum transferre, ergo non de eo dubitatur, num is, cujus res a servo tradita sit, dominus rei fuerit, sed de eo potius, num consenserit dominus traditioni a servo suo factae, etiam secundum locum ad confirmandam vulgarem sententiam adhiberi non posse arbitror.

§. 9.

Locorum autem, quibus vulgarem de probando dominio sententiam confirmare studui, auctoritas ut integra servetur, necesse est, ut rationem habeamus ejus sententiae, quam novissime Henschel in Libro, cui titulus est: *Archiv für civilistische Praxis. Vol. IX. pag.* 316 — 347. protulit. Hic enim ex jure Pandectarum concedit, probationem dominii ita fuisse comparatam, uti eam antea exposuimus; jure Codicis autem valde mutatam esse affirmat. Quod si verum est, ad vulgarem sententiam defendendam Codicis auctoritate uti non possumus. Summa eorum, quae dicit, haec est. Ad Justinianum usque inter dominium ex jure Quiritium atque jus ejus, qui rem in bonis habebat sive, uti vulgo dicitur, dominium bonitarium discerni solebat. Quod quidem discrimen rerum mancipi et nec mancipi diversitate perinde ac differentia inter acquisitiones dominii ex jure civili et ex jure gentium nitebatur. Ad tuendum dominium ex jure Quiritium rei vindicatio, ad defendendum eum, qui rem in bonis habebat, Publiciana in rem actio erat destinata. Jam vero quum Justinianus utriusque dominii discrimen *L. un. C. de nudo jure Quiritium tollendo.* VII. 25., sustulisset et

unum idque plenum dominium nunc esse voluisset, rei vindicatio ad persequendum dominium Quiritarium destinata nudo jure Quiritium sublato interiret, necesse erat. Unde factum est, ut quod antea dominium fuerat bonitarium, nunc plenum esset dominium. Itaque in locum antiquae rei vindicationis ac Publicianae actionis una successit in rem actio sive vindicatio, in qua idem, quod in antiqua actione Publiciana, a petitore probandum est, traditio rei justa causa praecedente facta. Atque ea sententia tam vulgari, quam Thibautianae anteponenda esse pluribus videbitur; huic, quia reum necessitate probandi liberat, auctorem petitoris non fuisse dominum: illi, quia actor necesse non habet diabolicam subire probationem contra adversarium, praeter possessionem nihil juris habentem. Argumenta, quae *Cl.* Henschel protulit, gravia esse facile quisque concesserit. Quibus cum adjunxerit etiam eorum, quae ab adversariis objici possent, refutationem, fieri non potest, quin de hujus sententiae veritate plerique sibi persuadeant. Id mihi quoque, quum *Cl.* Henschelii dissertatiunculam legerem, lubenter fateor contigisse. Re tamen diligentius considerata in nonnullas incidi dubitationes, quae me etiamnunc prohibent, quominus huic sententiae accedam eique prae vulgari tribuam praerogativam. Quas nunc eo proponam consilio, ut viros nostrae artis peritos ad judicium de omnibus, quae nostra memoria de probatione dominii scripta sunt, ferendum adhorter, grato animo agniturus, si meas quoque hac de re cogitationes sub censuram vocaverint.

§. 10.

Legem *un. C. de nudo jure Quiritium tollendo.* VII. 25., concedo equidem dominii Quiritarii ac bonitarii discrimen sustulisse, nec vero eam vim habuisse, ut nunc quia unum erat dominium, una etiam esset in rem actio, ex rei vindicatione ac Publiciana actione conflata. Primum enim hujus rei in constitutione laudata mentio fit nulla.

Jam qui constitutionibus Justiniani obiter adspectis expertus est, quantum bene ac sapienter, ex sua quidem sententia a se institutis gloriari soleat Imperator, quanto orationis fastu vel minima in jure antiquo a se mutata praedicare et aequalibus tum ab aequitate tum a justitia commendare consueverit, is mehercle mirabitur, de tam vehementi juris antiqui mutatione, qualis in rei vindicatione et Publiciana actione in unam actionem in rem immutanda cernitur, neque in *L. un. C. de nudo jure Quiritium tollendo*, legi aliquid, neque eadem de re ullam reperiri in Codice constitutionem. Accedit, quod nudo jure Quiritium extincto unum quidem dominium factum, nec vero discrimen veri dominii ac bonae fidei possessionis sublatum est. Nam sub Justiniano etiam multum intererat, utrum a domino an ab eo, qui dominus non erat, res tradita alicui esset. Quod ex plerisque Codicis locis colligi potest, ubi verus dominus ac bonae fidei possessor e regione sibi opponuntur. Cf. *L.* 1. *C. de usucapione pro donato.* VII. 27. *L.* 21. *C. de furtis.* VI. 2. Etiamsi concedendum est, rei vindicationis usum cessasse, qua ad dominium ex jure Quiritium persequendum profuit, idemque nunc in Publiciana contigisse, quae amplius domino bonitario non fuit necessaria, tamen multo magis rationi legis *un. C. de nudo jure Quiritium tollendo* videtur convenire, ut rei vindicationem nunc vero domino, Publicianam autem bonae fidei possessori concedendam esse arbitremur. Quod eo probabilius est, quia Publiciana actio ab initio non tam in domini bonitarii, quam in bonae fidei possessoris commodum est introducta. Illi enim *formula petitoria* a Gajo *Inst. Comm. IV.* §. 91. 92. commemorata potius videtur profuisse, qua usus intendit actor *rem suam esse*, nec vero *ex jure Quiritium*. Quae formula seriori tempore cum Publiciana conflata esse videtur, ita ut haec tam ab eo, qui rem in bonis haberet, quam a bonae fidei possessore institui posset. Justinianus autem *L. un. C. de nudo jure Quiritium tollendo* id

tantum effecit, ut nudum jus Quiritium, quod ipse nihil aliud, quam vacuum et supervacaneum verbum esse, neque ab aenigmate differre significat, ex jure evanesceret. Verum dominium etiamnunc a bonae fidei possessione distinguebatur ac Publiciana actio ad hanc tuendam proderat, et quo consilio a Publicio Praetore introducta fuerat, eo etiam a Justiniano retenta est. Id certe neque tam violentum est, ut Pandectarum auctoritatem per Codicem debilitare cogamur, neque ab interpretationis justae ratione tam alienum, ut mutationem juris vehementissimam ex lege probare opus sit, quae ejusdem nullam facit mentionem. Quod usucapionem a Justiniano ita mutatam esse *Cl.* Henschel dicit, ut ad rei vindicationem fundandam amplius necessaria non esset, si probari auctoris dominium non posset, sed nihil nisi exceptionem bonae fidei possessori concederet ad excludendam domini vindicationem, ad illud pluribus infra respondebitur.

§. 11.

Secundum pro sua sententia argumentum *Cl.* Henschel ex eo repetiit, quod in Codice Justinianeo titulus de Publiciana in rem actione desideratur, ac ne nomen quidem ejus actionis in ulla Codicis constitutione legitur. Unde rei vindicationem a Justiniano retentam quidem, indolem autem ejus Publicianae actioni exaequatam esse affirmat. Atque hoc argumentum valde probabile est. Ac mihi quoque semper accidit, ut mirarer, in Pandectis titulum de Publiciana actione reperiri, nec in Codice eum esse repetitum. Atqui multa in Pandectis invenies, quae in Codice frustra quaesiveris: ex quo si statim volueris derivare, eorum, quae in Codice desunt, usum sub Justiniano fuisse nullum, vereor, ne nimium conjecturis indulseris. Actum profecto de Jurisprudentia nostra esset, si tanta Codici tribui deberet auctoritas, ut propterea, quod in eo instituti in Pandectis commemorati ratio habita esset nulla, usum ejus prorsus desiisse persuasum no-

bis esse oporteret. Vehementer reprehendendi celeberrimi ICti essent, qui tam nostra, quam patrum atque majorum memoria multa juris instituta Pandectarum tantum auctoritate fundarunt, et rationem habuerunt nullam, utrum in Codice mentio eorum facta an omissa fuerit. Itaque ex solo Codicis de Publiciana actione silentio de confusione ejus ac rei vindicationis argumentum depromi vix potest. Nec deest ratio, qua Tribonianus ejusque socii a nimiae negligentiae suspicione liberentur. Nam ne in Codice Theodosiano quidem de Publiciana actione titulus reperitur: imo in eo solum de rei vindicatione agitur. Hujus exemplum secuti haud scio an Codicis Justinianei Compilatores eam actionem omiserint. Quasi vero, inquies, in Codice Theodosiano ideo omitti non potuerit actio in rem Publiciana, quia legibus edictalibus ferendis, a ICtis quippe jam satis exculta, materiam idoneam non praebuerit. Ego vero concedo, non multum fuisse, quod ab Imperatoribus Christianis hac de actione lege generali constitui potuerit. Sed eam ipsam ob causam in Codice Justinianeo omissa videtur, quum ei, qui plura de Publiciana cognoscere vellet, jam per Pandectas satis superque fieret. Quod ne nomen quidem Publicianae in Codice legi *Cl.* Henschel contendit, et *L.* 24. *C. de rei vindicatione* III. 32. et *L.* 6. *C. quibus non objicitur longi temporis praescriptio.* VII. 35., ubi *de rei vindicatione directa* et *de actione in rem directa vel qualibet alia dominium vindicando* sermo est, non de rei vindicatione Publicianae actioni opposita interpretatur, lubenter concedo atque ingenue fateor, saepius eum in finem perlecto Codice me in nomen actionis Publicianae non incidisse. Nec vero hoc argumentum vim habet majorem, quam alterum de omissione tituli de Publiciana actione in Codice desumtum. Praeterea in Basilicis uterque titulus de rei vindicatione et Publiciana actione e Pandectis in graecum sermonem translatus est Libro XV. *edit. Fabrotianae Tom. II. pag.* 194 et 223. Etsi enim *Cel.* Bienerus in opere praestantissimo: *Ge-*

schichte der Novellen Justinians. pag. 129. 130. 142 — 151. mea quidem sententia plene probavit, ab initio Jus Justinianeum ac Basilica simul in foro legis vim habuisse atque inde a Theodoro Balsamone demum ex sententia Pragmaticorum Juris Justinianei usum Basilicis esse sublatum, tamen persuadere mihi non possum, trecentis et quod excurrit, post Justinianum annis Basilicorum compilatores utrumque titulum de rei vindicatione atque actione Publiciana ex Pandectis in graecam linguam fuisse translaturos, si revera jam sub Justiniano utriusque actionis usus desiisset et una tantum in rem actio in foro valuisset.

§. 12.

Tum verbis Ulpiani Libro 16. ad Edictum in *L.* 7. §. 8. *D. de Publiciana in rem actione.* VI. 2. „*In hac actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.*" Emblema Triboniani *Cl.* Henschel putat contineri, ex quo utriusque actionis confusio derivari queat: alioquin futurum *erunt* difficile ad explicandum sibi videri profitetur. Sed quid obstat, quominus ea ipsa verba Ulpiano vindicemus? Qui quum libro 16 et 17. ad Edictum de utraque actione exponeret, ad ambages evitandas in Publiciana actione explicanda dicere jure potuit, omnia in ea perinde esse, atque in rei vindicatione. Atque potuit Ulpianus futuro *erunt* uti; si usus eo non est, nihil aliud, quam praesens in futurum a Triboniano immutatum est. Jam vero etsi vel maxime ea verba a Triboniano interpolata esse concessum sit, tamen nihil causae est, cur ex iis derivemus, utramque actionem a Justiniano esse conflatam. Longe aliter enim interpretari ea possumus. Nimirum nihil aliud voluit Tribonianus hoc loco significare, quam actione Publiciana instituta eadem utrimque praestari debere, quae praestanda forent, si rei vindicatione litigatum esset. Accedit, quod, si utriusque actionis mutationem volebat indicare, longe brevius fieri id poterat. Aut enim titulus de rei vindicatione in Pan-

dectis omittendus et; quum de Publiciana actione exponeretur, dicendum erat, eam nunc solam remansisse nomine actionis in rem retentam et usum antiquae vindicationis desiisse; aut in Pandectis, sicuti in Codice, utrumque titulum conflari et *de rei vindicatione* inscribi oportebat.

§. 13.

Quartum pro sua sententia argumentum ex tempore usucapionis prorogato, quod Justinianus in rebus mobilibus ad triennium, in immobilibus modo ad decennium, modo ad vicennium auxit, *Cl.* Henschel derivavit. Ille enim auctore nudo jure Quiritium sublato antiquae usucapionis usus ita cessabat, ut dominio bonitario in dominium ex jure Quiritium mutando non amplius inserviret. Altera autem ex parte fieri non poterat, quin anni vel biennium tempus ad bonae fidei possessionem in dominium mutandam et jus prioris domini extinguendum Justiniano vix sufficere videretur. Unde tempus usucapionis valde auxit. Quam longiorem usucapionem si Justinianus ad plenum dominium acquirendum destinasset, neque solam traditionem justa causa praecedente factam ad dominium sufficere voluisset, tum profecto legem Imperatoris a sapientia legislatoris alienam fuisse *Cl.* Henschel arbitratur, quae nihil aliud efficere potuerit, quam ut acquisitio dominii longe fieret difficilior, et securitas dominorum vehementius turbaretur. Jam vero nudo jure Quiritium sublato usucapionis tempus debuisse augeri, ne qui plenum dominium haberet, eo brevissimo spatio praeterlapso privaretur, facile quisque assentietur; difficilius autem, illud eam habuisse vim, ut verum dominium bonae fidei possessioni justo titulo acquisitae omnino exaequaretur. Nam ad bonae fidei possessionem defendendam sufficere poterat actio in rem Publiciana. Quam ut Justinianus cum rei vindicatione confunderet, ne jure Quiritium quidem sublato ulla ratione movebatur. Neque difficultas dominii

acquirendi usucapione mutata aucta est. Nam ad res mobiles acquirendas triennium sufficit, spatium, concedo quidem, longius, quam jure antiquiori, nec vero ita longum, ut usucapio facile ab uno possessore absolvi non possit. Deinde cui rerum immobilium usucapio nimis longa videtur, ei responderi potest, in harum pariter atque in rerum mobilium usucapione locum esse accessioni possessionis, ita ut possessio auctoris bona fide possidentis ei prosit, qui nunc praescriptione se defendere conatur. cf. *L. un. C. de usucapione transformanda.* VII. 31. Quod in antiqua usucapione non admittebatur. Ea enim ab uno tam inchoari, quam finiri debebat. Tum non intelligitur, cur Justinianus usucapionis tempus tantopere auxerit, si illum tantum, qui prius rem justo titulo acquisivisset, nec dominium auctoris probare posset, usucapione ab eo excludi voluerit, qui post illum etiam bona fide rem sibi comparasset. Quod si hoc fuit Imperatoris consilium, profecto antiquam usucapionem retinuisset. Imo eum potius, qui plenum dominium a domino acquisivisset, tanto temporis spatio frui voluit, ut illud ad rem quaerendam et a possessore vindicandam sufficeret. Verum enim dominum annua vel biennali bonae fidei emtoris possessione dominio excludi injustum Imperatori videbatur, sicuti ex lege laudata apparet.

§. 14.

Quinto loco sententiam suam multis Codicis Justinianei locis confirmari *Cl.* Henschel arbitratur, quibus traditionem solam justa causa praecedente factam ad dominium acquirendum sufficere significatur, nec ulla ratio dominii ejus, qui rem tradidit, habetur. Laudavit *L.* 12. 15. 24. *C. de rei vindicatione.* III. 32. *L.* 1. 2. 8. *C. si quis alteri vel sibi alterius nomine.* IV. 50. *L.* 4. 12. *C. de probationibus.* IV. 19. Quibus addere potes *L.* 20. *C. de pactis.* II. 3. *L.* 2. *C. pro socio.* IV. 37. *L.* 15. *C. familiae erciscundae.* III. 36. *L.* 4. 6. 7. *C. de contrahenda emtione.* IV. 38. *L.* 6. *C. de hereditate vel actione*

vendita. IV. 39. *L.* 4. 5. *C. si quis alteri vel sibi alterius nomine.* IV. 50. *L.* 4. *C. de rerum permutatione.* IV. 64. *L.* 16. *C. de donationibus ante nuptias.* V. 3. *L.* 5. *C. de jure dotium.* V. 12. *L.* 9. 12. 16. 19. *C. de donationibus inter virum et uxorem.* V. 16. *L.* 1. *C. si quis ignorans rem minoris.* V. 73. *L.* 7. *C. de legatis.* VI. 37. *L.* 7. *C. de servo pignori dato manumisso.* VII. 8. *L.* 3. *C. de servis reipublicae manumittendis.* VII. 9. *L.* 6. *C. de ingenuis manumissis.* VII. 14. Atqui vereor, ne his locis omnibus id, quod probare studuit *Cl.* Henschel, probari non possit. Nam ubicunque traditione dominium transferri dicitur, id aliter intelligi non potest, nisi ita, ut dominium habuerit ille, qui rem tradidit. Nec mirari debemus, de dominio auctoris non ubique esse sermonem, quia nihil magis naturae consentaneum est, quam ut ille, qui dominium non habeat, dominium ad alterum non possit transferre. Cujus dicti veritas praeter *L.* 20. *pr. D. de acquirendo rerum dominio* XLI. 1. *L.* 11. §. 2. *D. de actionibus emtiet venditi.* XIX. 1. etiam nonnullis Codicis locis, veluti *L.* 10. *C. quod cum eo, qui in aliena potestate est.* IV. 26. et *L.* 14. *C. de donationibus.* VIII. 54. agnoscitur. Praeterea etiam *L.* 20. *C. de pactis.* II. 3. „*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*“: traditio aut usucapio ad acquirendum dominium dicitur prodesse. Jam vero, si sola traditio nulla dominii auctoris ratione habita dominium efficit, quorsum usucapio? Accedit, quod, sicuti in Pandectis, ita etiam interdum in Codice ad dominium acquirendum necessarium esse dicitur, ut aut, qui rem tradidit, dominus fuerit, aut usucapio accesserit, veluti *L.* 1. *C. de usucapione pro donato.* VII. 27. „*Sive fuerit dominus, qui tibi loca, de quibus supplicasti, donavit, sive, a non domino bona fide donata suscepisti eaque usucepisti, auferri tibi, quod jure quaesitum est, non potest.*“ Ac si ex jure Codicis solus justus titulus eumque se-

cuta traditio ad acquirendum dominium sufficiunt, idem ex nonnullis Pandectarum locis contendi potest, ubi etiam de titulo tantum ac traditione, nec vero de auctoris dominio disseritur. Cf. *L.* 11. §. 1—5. *D. de exceptione rei judicatae.* XLIV. 2. Qui tamen Pandectarum loci aliam non admittunt interpretationem, nisi ut dominum eum, qui rem tradiderit, fuisse existimemus. Eam ipsam interpretandi rationem *Cl.* Henschel probaret, qui ex jure Pandectarum ad dominium transferendum dominium auctoris necessarium esse confitetur. Inter omnes Codicis locos huc pertinentes longe gravissimus *Cl.* Henschelio *L.* 1. *C. de praescriptione longi temporis.* VII. 33. esse videtur, qua lege perspicue probari putat, dominium sola traditione ex justo titulo facta acquiri posse etiam tum, quum non accesserit usucapio. Verba sunt: „*Quum post motam et omissam* „*quaestionem res ad nova dominia bona fide transierint,* „*et exinde novi viginti anni intercesserint sine interpella-* „*tione, non est inquietanda, quae nunc possidet, persona:* „*quae sicut accessione prioris domini non utitur, qui est* „*inquietatus: ita nec impedienda est, quod ei mota con-* „*troversia sit*" etc. Sed quid verba *nova dominia,* quibus Imperatores Severus et Antoninus usi sunt, ad confirmandam *Cl.* Henschelii afferant sententiam, non video. Etsi enim *priorem dominum* illum vocant, cujus accessione non utatur, qui nunc possessionem habet, tamen paulo post appellant eum *priorem possessorem.* Praeterea voce *dominii* quodlibet jus in re contineri eamque ob causam etiam bonae fidei possessionem appellari posse *dominium* facile quisque concesserit. Sic Javolenus in *L.* 3. *D. si ususfructus petetur.* VII. 6. de *dominio ususfructus* loquitur: sic Valens, Gratianus et Valentinianus II. in *L.* 4. *C. de fundis patrimonialibus.* XI. 61. emphyteutis fundorum patrimonialium se *jus dominii* tradere significant: sic Theodosius II. et Valentinianus III. in *L.* 12. *C. eod.* emphyteutas *fundorum dominos* appellant. Quod quum in emphyteusi fiat,

quam constat jus in re esse aliena, cur miremur necesse est, in *L.* 1. *C. de longi temporis praescriptione.* VII. 33. bonae fidei possessores appellari *dominos* et jus eorum *dominium?* Id certe longe melius et aptius de bonae fidei possessoribus, qui usucapione dominium acquirunt, quam de emphyteutis dicitur, quibus ad dominium acquirendum, quia in mala fide sunt, usucapio nulla prodest. Et si revera bonae fidei possessio dominium est, quid causae est, cur verum dominium ac bonae fidei possessio tam saepe e regione sibi adeo in Codice opponantur? Reliquos autem Codicis locos, ex *Cl.* Henschelii sententia probantes, quibus casibus ex jure Pandectarum conditio usucapiendi acquiratur, iisdem ex jure Codicis traditione dominium transferri, aliter interpretari possumus, ita ut ad illius sententiam confirmandam nihil afferant. Sic *L.* 15. *C. de rei vindicatione,* III. 32. non, quid ad fundandam rei vindicationem pertineat, definitur, sed respondetur ad id, de quo quaesitum est, quis inter duos, qui eandem rem ab eodem auctore vel emerint, vel donatam acceperint, praeferendus esse videatur. Nam de eo, utrum jure, an injuria res vendita esset, inter partes non disceptabatur, quod ex verbis in initio positis apparet: *Quoties duobus in solidum praedium jure distrahitur* etc. Sic *L.* 1. 2. 8. *C. si quis alteri vel sibi alterius nomine.* IV. 50. deciditur quaestio a partibus proposita ejusmodi: cui acquiratur dominium, illine, cujus nomine aut cujus pecunia res comparata, an illi, cui revera possessio tradita sit; nec vero sola traditio praecedente justo titulo ad dominium acquirendum sufficere dicitur. Haec enim quaestio oriri non poterat, uti ex inscriptione tituli ipsius apparet, quum de auctoris dominio non disceptaretur, sed de juribus ejus quaereretur, cujus pecunia aut cujus nomine alter sibi rem comparasset eamque traditam accepisset. Denique in eodem titulo verba ultima *L.* 6. *C. eod.*: „*Quare in dominii quaestione ille potior habetur, cui possessio a domino tradita est*“: a

Cl. Henschel neglecta esse videntur. Equidem illius sententiam de dominio sola traditione acquirendo cum his verbis conciliari vix posse arbitrarer. Quibus enim quum significetur, in quaestione dominii illum esse potiorem, cui possessio a *domino* tradita sit, satis inde apparet, rei vindicatione mota solam traditionem et justum titulum ad fundandam actoris intentionem non sufficere, sed illud praeterea quaeri, dominus ne fuerit, qui rem tradidit. Unde, qui a domino sibi possessionem traditam esse monstrare potest, is victoriam reportabit. *L.* 11. *C. de actionibus emti et venditi.* IV. 49. ad quam *Cl.* Henschel provocat, huc pertinere non potest. Verba sunt: *Si ancillam tibi ex causa venditionis traditam venditor manumisit, libertatem alienae factae praestare non potuit. Quodsi post venditionem ante traditionem manumisit, pleno jure dominus constitutus, civem Romanam facere non prohibetur* etc. Etenim si quis rem vendidit ac tradidit, sive propriam sive alienam, haec res post traditionem pertinet ad emtorem, ergo ratione venditoris habita aliena est. Nimirum quodcunque jus in re venditor habuit, sive id dominium fuerit, sive bonae fidei tantum possessio, id traditione in emtorem transtulit, qui nunc aut dominus aut bonae fidei possessor est. Itaque res non amplius venditoris, sed emtoris est; ita recte aliena dicitur. Venditorem autem dominium, quod non habuit, traditione in emtorem transtulisse, idque ab emtore fuisse acquisitum, ex verbis legis antea laudatis certe non sequitur. Imo de dominio adeo venditoris ibi sermo est. Dicitur enim venditor, si plenum dominium habuit, ancillam manumittendo civem facere Romanam.

§. 15.

Praeter rationes propositas, quibus *Cl.* Henschel suam defendit sententiam, etiam argumenta, quae ab adversariis objici possent, refellere studuit. Sic primo loco §. 4. *Inst. de actionibus.* IV. 6. ab adversariis op-

poni sibi posse arbitratur, ubi de Publiciana actione ita disseritur, uti disserendum erat, si revera adhuc valebat. Jam vero sicuti Pandectis, ita etiam Institutionibus per Codicem contendit derogari, atque eum in finem Publicianae actionis in Institutionibus mentionem esse factam sibi persuadet, ut cognosci posset, unde nova rei vindicatio a Justiniano introducta orta esset. Sed ut aperte dicam, quod sentio, hac ratione, vereor, ne nihil probari queat. Nam si revera Justinianus rei vindicationem et actionem Publicianam conflasset, fieri non potuit, quin illud paucissimis tantum verbis commemoraretur. Neque locus aptior huic rei dari poterat, quam in Institutionibus, in quibus juris antiqui rationem habere et mutationes a se factas Imperator addere solet. Objecerit quispiam, mutationem utriusque actionis ideo esse omissam, quoniam fieri vix potuerit, ut eorum, quae in Codice tractanda forent, ante quam Codex esset promulgatus, in Institutionibus ratio haberetur. Atqui *L. un. C. de nudo jure Quiritium tollendo.* VII. 25., qua rei vindicationem ac Publicianam actionem conflatam esse *Cl.* Henschel contendit, antiquior est, quam *L. un. C. de usucapione transformanda.* VII. 31. Haec enim constitutio anno 531. promulgata initio continet mentionem illius legis, qua nudum jus Quritium abrogatum est. Ex quo quum appareat, constitutionem de nudo jure Quiritium tollendo in illud tempus, quo Institutiones compilari coeptae sunt, incidisse, haud temere vereor, ne nimiae negligentiae Tribonianum ejusque socios *Cl.* Henschel accusaverit. Nam quomodo mutatio ejusmodi, gravissima ac maximi momenti, qualis in rei vindicatione et actione Publiciana in unam in rem actionem immutanda cernitur, eo potissimum loco Institutionum, ubi de utraque actione exponitur, a Triboniano praetermitti potuerit, a me quidem non intelligi ingenue fateor. Quod eo vehementius soleo mirari, quo saepius aliis Institutionum locis earum Justiniani constitutionum mentio fieri solet, quibus vel minima

juris antiqui particula immutata est. Cf. §. 1. 3. *Inst. de libertinis.* I. 5. et *L. un. C. de dedititia libertate tollenda.* VII. 5. *L. un. C. de latina libertate tollenda.* VII. 6. *pr. Inst. de usucapionibus.* II. 6. et *L. un. C. de usucapione transformanda.* VII. 31. §. 8. *Inst. de actionibus.* IV. 6. et *L. 2. C. de constituta pecunia.* IV. 18. aliosque locos paene innumeros. Neque existimari potest, Tribonianum ejusque socios *L. un. C. de nudo jure Quiritium tollendo* ignorasse. Codicem tamen, legum collectionem posteriorem, Institutionibus prius promulgatis in foro esse praeferendum, concedendum quidem est, nec vero adeo extendendum, ut multa juris instituta, quorum in Pandectis et Institutionibus mentio fit, ideo abrogata esse arbitremur, quod in Codice praetermissa sint. Quod si quis fecerit, metuendum est, ne nimis genio indulserit, qui eum ad tam violentas rapuit conjecturas. Idem contra *Cl.* Henschelii sententiam non potest solum, verum etiam debet moneri. Nam quo clarius in Institutionibus inter rei vindicationem et Publicianam discernitur, eo audacior illius sententia est, qui ex solo Codicis de Publiciana silentio utriusque actionis immutationem repetiit, neque reputavit, eam, si reapse contigisset, uno certe verbo, commemorandam fuisse, quum Tribonianum fugere nequaquam potuerit. Ac si eadem, qua *Cl.* Henschel usus est, interpretandi ratione omnes uterentur, omnium ICtorum diligentia contemnenda esset, qui ἐναντιοφανείας, legum in Pandectis et in Codice contradictiones interpretando conciliare studuerunt. Illi enim operam atque oleum perdiderunt conciliandis legum contradictionibus indulgentes. Labore supersedere potuerunt, quum ubi Codex contradicit Pandectis atque Institutionibus, hic necessario praeferendus sit. Sic, ut exemplo utar, frustranea eorum fuit opera, qui *L.* 54. *D. de jure dotium.* XXIII. 3. et *L.* 12. *C. eod.* V. 12. interpretati sunt. Opus enim non fuit eorum interpretatione, quum, quod Gajus in Lege Pandectarum laudata scri-

bit: *Res pecunia dotali comparatae dotales esse videntur:* morari nos non possit, quia videlicet Codex Pandectis omnino derogat. Quam periculosum autem sit, ejusmodi sententiam in singulis fragmentis conciliandis sequi, facile quisque intellexerit. At multo majus est periculum, multo major in conjiciendo audacia, quae in usu instituti totius propterea negando cernitur, quia illud, licet in Pandectis et Institutionibus explicetur, tamen in Codice non reperiatur. Hoc *Cl.* Henschelio potissimum obstat.

§. 16.

Deinde usucapionem a Justiniano retentam ab adversariis objici sibi posse *Cl.* Henschel arbitratur. Dixerit quispiam, ait, quum bonae fidei possessio, quae olim ad usucapionem profuit, nudo jure Quiritium sublato, dominio exaequata sit, ita ut in re a non domino tradita sola traditione dominium acquiratur, usucapionis omnem desiisse utilitatem, ideoque eam perinde ac dominium ex jure Quiritium a Justiniano fuisse tollendam. Jam vero *Cl.* Henschel usucapionem confirmatam ac retentam quidem a Justiniano profitetur, consilio autem longe diverso ab eo, quod XII Tabularum auctores habuerunt, quam usucapionem introducerent, id factum esse contendit. Illo enim auctore longi temporis praescriptio, in quam Imperator antiquam usucapionem transformavit, non amplius modus acquirendi dominii, sed exceptio est, qua qui per longum tempus rem bona fide possedit, adversus rei vindicationem prioris domini tueri sese potest. Unde ad fundandam rei vindicationem praescriptio amplius necessaria non est, nec tam actori prodest, qui jam justo titulo tutus est, quam reo, a quo dominus rem vindicat. Ego vero concedo, quoties in Codice de usucapione perinde antiqua, ac de longi temporis praescriptione agatur, toties utraque nihil nisi exceptionem contra dominum vindicantem esse intelligendam. Atque id ex indole atque ori-

gine praescriptionis longi temporis explicandum est, quam ab initio ad defendendam earum rerum possessionem edicto Praetoris constat esse introductam, in quibus quia dominium ex jure Quiritium non intelligebatur, neque usucapio cogitari poterat. Sed *Cl.* Henschel *pr. Inst. de usucapionibus.* II. 6. et *L.* 8. *pr. C. de praescriptione XXX vel XL. annorum.* VII. 39. videtur neglexisse. Priori loco Justinianus de usucapionis antiquae transformatione a se constituta ita loquitur, quasi nihil praeter tempus possessionis ac locorum, ad quae usucapio pertinuerit, diversitatem mutaverit. Ceterum praescriptionem longi temporis a se confirmatam sic, uti antiquam usucapionem, modum dominii acquirendi appellat. Quod patet ex his verbis: *Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est, inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis, usucapiantur: et his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, quae nostro Imperio gubernatur, dominia rerum, justa causa possessionis praecedente, acquirantur.* Secundo loco Justinianus possessori, qui longi temporis praescriptione rem aliquam acquisiverat, rei vindicationem fortuito amissa possessione concedit, his verbis: *Si quis emtionis vel donationis vel alterius cujuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit et longi temporis exceptionem contra dominos ejus vel creditores hypothecam ejus praetendentes sibi acquisierit posteaque fortuito casu possessionem ejus rei perdiderit: posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus: hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.* Ex utroque loco patet, longi temporis praescriptionem modum esse acquirendi dominii et ad rei vindicationem instituendam bonae fidei possessori necessariam, si rem, cujus possessionem fortuito casu amiserit, recuperare velit, sive in manibus prioris domini, sive in potestate extranei con-

stitutam. Nam si verum est, solam traditionem ex justa causa praecedente sufficere ad acquirendum dominium, eamque adeo ex jure Justinianeo ad rei vindicationem prodesse, non intelligitur, cur Justinianus absoluta demum longi temporis praescriptione possessori facultatem rei vindicandae concesserit. Auctore enim *Cl.* Henschel, quicunque rem justo titulo acquisivit, eamque traditam accepit, is potest vindicare et petere rem ab eo adeo, qui prius rem bona fide possederat: quia victoria non ex probatione petitoris tantum, sed ex eo pendet, utrum alterutra pars probare possit, rem sibi prius esse traditam, et serius a malae fidei possessore alteri parti venditam sive alio ex titulo traditam. Quod si sic res sese habet, legem Justinianus tulit prorsus supervacaneam, qui absoluta demum usucapione rei vindicationem bonae fidei emtori concessit. Sive enim rem usucepisset, sive non usucepisset petitor, rei vindicatione quominus uteretur, non esset impediendus, quia traditam rem ex justa causa accepit. Sed vide, quam periculosum sit, contra legem scriptam disputare. Nam Justinianus constitutione laudata non de eo solum loquitur, adversus priorem dominum bonae fidei possessori impleto praescriptionis tempore rei vindicationem esse concedendam, sed in universum nulla adversarii ratione habita dicit, posse eum actionem habere ad rem vindicandam spatio legitimo praeterlapso. Unde patet ante praescriptionem absolutam rem a bonae fidei possessore amissa possessione non posse vindicari. Ergo rei vindicatio duplex habere debet fundamentum; aut enim auctoris dominio, aut praescriptione impleta nititur. Quod quum ita sit, omni profecto actione careret bonae fidei possessor tempore legitimo nondum praeterlapso ad amissam rei possessionem recuperandam, si vera esset rei vindicationis et Publicianae actionis a Justiniano facta confusio. Verum enimvero quum injustum sit, eum omni actione carere, qui rem vindicare non possit ante quam praescriptionis tempus praeterierit,

quaenam alia actio supererit bonae fidei possessori praeter actionem in rem Publicianam? Accedit, quod Imperator in fine loci laudati ad leges veteres provocat, quibus idem de usucapione fuerit constitutum. Eam ipsam ob causam, quod juris antiqui facit mentionem, contendi non injuria potest, praescriptionem longi temporis usucapioni antiquae ab Imperatore in effectibus omnino esse exaequatam. Itaque ne rei vindicatio quidem ac Publiciana actio ab eo confusae sunt; imo utraque actio, sicuti jure antiquo, ita etiam novo discernenda est, ita ut altera bonae fidei emtori antequam praescriptio impleta sit, altera legitimo tempore praeterlapso concedenda esse videatur.

§. 17.

Quam porro *Cl.* Henschel inter translationem et acquisitionem dominii statuit differentiam, ut, quam proposuit de probatione dominii sententiam cum *L.* 20. *pr. D. de acquirendo rerum dominio.* XLI. 1., qua probatio dominii auctoris nititur, conciliaret, eam subtilem quidem et acute excogitatam nec vero ita comparatam esse arbitror, ut vulgaris sententiae veritas hoc modo tollatur. Contendit enim acquiri posse dominium, nec necesse esse, ut jus dominii simul transferatur; imo res ipsi tantum videtur transferri et jus ejus, in quem res transfertur, justo titulo niti i. e. negotio, quo dominium acquiri atque transferri solet. Apud Romanos adeo dicit in usu fuisse acquisitionem dominii derivativam, auctoris dominio nequaquam fundatam, uti ex usucapionis indole intelligatur; quin etiam receptum apud eos fuisse affirmat, ut qui ipse dominus non esset, et si dominium non transferre, tamen efficere posset, ut alter id acquireret. Id quod probare studuit verbis Ulpiani in *L.* 46. *D. de acquirendo rerum dominio.* XLI. 1. „*Non est novum, ut, qui dominium non habeat, alii dominium praebeat: nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat, quam ipse non habuit.*“ Sed jam antea

ostendere conati sumus, nudo jure Quiritium sublato neque dominii et bonae fidei possessionis, neque rei vindicationis et Publicianae in rem actionis discrimen esse extinctum; imo in longi temporis praescriptione introducenda Justinianum illud habuisse consilium, ut ne qui verum dominium haberet, eo brevissimo tempore praeterlapso privaretur. Mutata autem praescriptionis natura ab Imperatore non est; mansit ea modus acquirendi dominii tum necessarius, quum qui rem tradidit, dominus non fuit, et ad rei vindicationem instituendam, si probari auctorum dominium non possit, omni modo requiritur. Ergo si dominus non est, qui rem tradidit, neque dominium transferri, neque ab eo, qui rem accepit, acquiri potest: alioquin praescriptio est prorsus supervacanea. Quod quum ita sit, neque ferri potest, quod *Cl.* Henschel multum ait interesse, utrum jus dominii an res sola in alterum transferatur. Utrumque enim sine ulla dubitatione perinde est. *L.* autem 46. *D. de acquirendo rerum dominio.* XLI. 1. ubi Ulpianus scribit, novum non esse, ut, qui dominium non habeat, alteri dominium praebeat, veluti creditor, qui pignus distraxerit, ad sententiam *Cl.* Henschelii confirmandam de translationis et acquisitionis dominii discrimine, vim habere nullam potest. Constat enim creditorem in pignore distrahendo procuratorem haberi debitoris, cujus voluntate dominium transfert. Quod si hoc fieri non posset, existimandum etiam esset, procuratorem, qui ipse dominium non habeat, eam ipsam ob causam ne ex voluntate quidem domini transferre dominium posse. Itaque nihil est, quod *L.* 20. *pr. D. de acquirendo rerum dominio* XLI. 1. objiciatur, neque probatio dominii auctoris sanae rationi ac principiis juris adversatur, praesertim quum etiam in Codice Justinianeo diversis locis partim ad auctoris dominium provocetur, partim usucapio tum necessaria esse dicatur, quum auctor dominus non fuerit. Cf. *L.* 6. *fin. C. si quis alteri vel sibi alterius nomine.* IV. 50. *L.* 1.

C. de usucapione pro donato. VII. 27. *L.* 14. *C. de donationibus,* VIII. 54. *L.* 10. *C. quod cum eo, qui in aliena potestate est,* IV. 26.

§. 18.

Praeterea sententiam suam de confusione rei vindicationis et Publicianae actionis multis Codicis Justinianei locis *Cl.* Henschel putat confirmari, quibus domino, cujus res a malae fidei possessore alienata est, contra bonae fidei possessorem adeo rei vindicatio conceditur. Atque voce domini non solum qui rem a domino traditam acceperit, ergo auctoris dominium probare possit, verum etiam quicunque rem sibi prius justo titulo traditam esse monstraverit, intelligendus ipsi esse videtur. Cur autem etiam huic rei vindicatio concedenda sit, hoc modo studuit explicare. Ait alienationem rei alienae a malae fidei possessore ignorante vel invito domino factam a Romanis pro furto haberi, eamque ob causam rem esse furtivam, quae propter vitium furti inhaerens ne a bonae fidei quidem possessore usucapione acquiri possit. Ideo putat etiam petitorem victoriam esse reportaturum, qui, etsi non auctoris dominium, tamen acquisitionem rei justo titulo factam ac praeterea malam fidem auctoris, a quo adversarius causam habuit possidendi, probare potuerit. Ego vero concedo, multis Codicis locis domino statim rei vindicationem concedi contra bonae fidei possessorem, cujus auctor in eum ignorante vel invito domino rem transtulerit, veluti *L.* 3. 4. *C. de rei vindicatione.* III. 32. *L.* 5. 6. *C. si quis alteri vel sibi alterius nomine.* IV. 50. *Tit. Cod. de rebus alienis non alienandis.* IV. 51. Etiam illud lubenter assentior, alienationem rei illicitam apud Romanos furto aequiparari, eamque ob causam rem quasi furtivam ne a bonae fidei quidem possessore usucapi licere. Hoc enim vix quisquam erit, qui possit impugnare, quum manifestissimum sit ex *L.* 1. 5. 6. 7. *C. de usucapione pro emtore.* VII. 26. *L.* 2. *C. de usucapione pro donato.*

VII. 27. *L.* 3. *C. Communia de usucapionibus.* VII. 30. *L.* 11. *C. de acquirenda vel retinenda possessione.* VII. 32. *L.* 6. 8. 10. 12. 16. *C. de furtis* VI. 2. Unde, qui rem furtivam vindicat, potest etiam a possessore postulare, ut auctorem nominet, a quo causam possidendi acceperit, ne ipse in furti suspicionem incidat. Quod patet ex *L.* 6. *C. de furtis* VI. 2. „*Civile est, quod adversarius tuus exigit, ut rei, quam apud te fuisse fateris, exhibeas venditorem: nam a transeunte et ignoto te emisse, dicere non convenit, volenti evitare alienam bono viro suspicionem.*" Nam revera eum, qui rem possidet illicito modo alienatam, auctorem nominare decet, quia si illum non nominat, ipse furti suspicionem non effugit et actione furti conveniri potest, si mala fides ejus probari possit. *L.* 12. 16. *C. de furtis.* VI. 2. Sed valde dubito, num ex omnibus istis locis laudatis colligi possit, quemlibet, qui rem justo titulo sibi traditam probare queat, ad rem a malae fidei possessore alienatam vindicandam habere actionem. Nam ubicunque de ejusmodi vindicatione sermo est, *dominus* tantum, et qui *dominium* vel *proprietatem* habet, vindicare posse dicitur. Eum autem satis facere probationi dominii, si justum titulum et traditionem, nec vero auctoris dominium ostenderit, nusquam significatur. Omnes enim constitutiones partim a *Cl.* Henschel, partim a nobis laudatae non definiunt, quid probandum ab eo sit, qui rem suam ab altero mala fide alienatam vindicet, sed ad eam quaestionem respondent, quae proposita erat, utrum usucapio bonae fidei possessori, qui rem a malae fidei possessore accepisset, prodesse et vindicationi domini objici posset, necne. Quod jam ex inscriptione titulorum intelligitur.

§. 19.

Haec contra argumenta a *Cl.* Henschel proposita monuisse sufficiat. Jam vero quod attinet ad ipsam dominii probationem in nova rei vindicatione ex antiqua

vindicatione et actione Publiciana confusa a petitore subeundam, ea ex *Cl.* Henschelii sententia est hujusmodi. Qui rem vindicat ab alio in se translatam, justum titulum ac traditionem tantum debet probare. Interdum ne traditionis quidem probatione opus est, sed justi tituli tantum, veluti quum petitor ad transitum dominii legalem provocat, verbi causa legatam rem sibi esse affirmat. Quod si probavit, neque adversarius titulum suae possessionis edixit, sine ulla dubitatione superior erit. At vero, si possessor se quoque justo titulo rem acquisivisse probaverit, ergo contra vindicaverit, petitor replicam objiciet, possessoris auctorem mala fide fuisse, quum rem alienaret, eaque probata adversarium vincet. Nihilosecius contra ejusmodi replicam interdum possessor tueri sese poterit atque efficere, ut ipse absolvatur, veluti si rem a fisco sese acquisivisse probaverit, aut provocaverit ad longi vel longissimi temporis praescriptionem, prouti petitor alienationem rei aut ignoraverit, aut notitiam ejus habuerit. Quae quidem sententia primo adspectu propter faciliorem dominii probationem pluribus commendanda videbitur. Sed re accuratius considerata, eam probationem non omnino sufficere apparebit, quia fieri potest, ut petitor, probato justo titulo ac traditione, tamen inferior discedat, si auctor adversarii, qui rem vendidit aut alio modo in reum transtulit, revera in mala fide non fuit, et jus petitoris ea in re ignoravit.

§. 20.

Victoriam in rei vindicatione ab eo pendere *Cl.* Henschel arbitratur, ut petitor auctorem adversarii mala fide rem alienasse probet. Quid vero, si ejus mala fides probari non possit, quia revera jus petitoris ea in re ignoravit? Quid tunc statuendum est? Heredem puta rem defuncto commodatam aut locatam, quam defuncti esse et ad hereditatem pertinere existimat, alienare. Ea res, quae nunc in manibus bonae fidei

possessoris est, a domino vindicatur, qui justum quidem titulum, nec vero malam fidem ejus, a quo reus rem accepit, probare potest. Tum ex *Cl.* Henschelii sententia petitor sine dubitatione vincitur et reus absolvitur. Vel ut alio exemplo utamur, fac rem a non domino derelictam ab aliquo occupari. Ejusmodi occupatio permittitur eamque habet vim, ut, tametsi is, qui rem occupavit, ignorat, a quo derelicta ea sit, tamen usucapione plenum rei dominium acquiri ab eo possit. Ait enim Paulus in *L.* 4. *D. pro derelicto.* XLI. 7. „*Id quod pro derelicto habitum est et haberi putamus, usucapere possumus, etiamsi ignoramus, a quo derelictum sit.*" Atque occupatio rei, quam, etsi non derelicta sit, tamen derelictam esse putamus, ne apud Romanos quidem furto aequiparatur; ideoque, qui eam rem occupavit, ne vitiose quidem possidet. Quod patet ex iis, quae Ulpianus *L.* 43. §. 4—6. *D. de furtis.* XLVII. 2. scribit:

> *Qui alienum quid jacens lucri faciendi causa sustulit, furti obligatur, sive scit, cujus sit, sive ignoravit: nihil enim ad furtum minuendum facit, quod, cujus sit, ignoret. Quodsi dominus id dereliquit, furtum non fit ejus, etiamsi ego furandi animum habuero: nec enim furtum fit, nisi sit, cui fiat. In proposito autem nulli fit: quippe quum placeat Sabini et Cassii sententia existimantium, statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus. Sed si non fuit derelictum, putavit tamen derelictum: furti non tenetur.*

Itaque finge eum, qui rem derelictam esse existimans occupaverit, a domino rei vindicatione conveniri. Actor probat justam rei acquisitionem, reus occupationem et dicit, rem esse derelictam, aut se eam pro derelicta habuisse. Quod cum factum sit, actor certior fieri de ejus nomine vult, qui rem dereliquit. Reus autem nominare eum non potest, quia revera ignorat, quis rem dereliquerit. Quid nunc ea de re fiet? Si *Cl.* Hen-

schelii sententiam sequeris, fieri non potest, quin reum absolvendum esse existimes, quia non habet auctorem, cujus mala fide probata petitor vincere queat. Atqui vix arbitror, contentum fore petitorem sententia hoc modo lata, sive propterea contra eum pronunciatum fuerit, quia auctorem adversarii mala fide vendidisse probare nequiverit, sive quia reus neque habeat, neque nominare possit auctorem. Nam qui rem suam petit, faciliorem probationem non eliget, si ante quam eam suscipiat, viderit, se, licet ea perfecta sit, tamen victoriam non esse reportaturum; ideoque difficiliorem probationem suscipere non recusabit, modo spem habeat, fore, ut ea absoluta adversarius condemnetur. At, si revera, uti *Cl.* Henschel arbitratur, Publiciana in rem actio et rei vindicatio in unam in rem actionem a Justiniano transformatae sunt, petitor, qui justum quidem titulum ac traditionem, nec vero malam fidem auctoris, a quo adversarius rem accepit, potuit probare ideoque vincitur, nullam habet actionem, qua usurus spem victoriae in futurum obtinendae fovere possit. Una actione tota dominii quaestio ex Henscheliana sententia in judicium deducitur: quam causam si actor amisit, litem denuo resuscitare non potest, etiamsi difficiliorem suscipere voluerit probationem. Semper enim exceptio rei judicatae a reo opponetur. Quod quam iniquum sit, nemo est, quin sua sponte intelligat.

§. 21.

Atque major denique vulgaris sententiae utilitas maximi apud me momenti est, ut eam sententiae Henschelianae anteponendam esse censeam. Ne repetam, quam violentis conjecturis sententia *Cl.* Henschelii nitatur, quae, nisi Institutionum ac Pandectarum in doctrina de probatione dominii tollas auctoritatem, firmari non potest, atque adeo ex ipso Codice impugnationem admittit, nihil ei inesse video, cur commodior faciliorque sit vulgari.

Nam quod in ejus favorem primo loco dici potest, actorem probatione diabolica liberari officiisque satis esse facturum justo titulo, traditione et mala fide auctoris adversarii probatis, idem, ut opinor, commodum, rei vindicationis et Publicianae actionis cumulatione, quin etiam sola actione Publiciana consequemur.

Quod deinde ex eadem sententia reus ad causam possessionis dicendam probandamque cogitur, quia metuere debet, ne, si titulum possessionis non ostenderit, solo justo titulo ab actore probato condemnetur; nonne idem rei vindicatione ac Publiciana actione uno libello conjuncta effici potest? Nonne ita etiam iniquitas vulgari sententiae objici solita tollitur, quae in eo cernitur, ut adversus reum nullam possessionis causam dicentem actor dominium auctoris debeat probare?

Denique, uti jam antea monui, si sententiam Henschelianam recipiendam putas, quid superest actori, qui titulum ac traditionem, nec tamen malam fidem ejus, a quo reus rem accepit, probavit, quum, quod ex vulgari sententia permittitur, Publiciana frustra instituta ad rei vindicationem refugere et jus suum fortius et melius exequi non possit? Nonne injustum esset, civem, qui faciliori via jus suum se consecuturum esse speravit; simulatque eum haec spes fefellerit, omni actione simulque omni jure privari?

Quare, ut paucis omnia complectar, quum vulgari sententia gravissimo sanctissimoque juri, certo rerum dominio melius prospectum esse videatur, quum ea sanae rationi optime conveniat et legibus vim inferat minimam, et quam utilitatem Henscheliana sententia praebere possit, eandem ipsa praestet, vulgari assentiri non dubito.

Caput III.

Quaeritur, adversus quem dominii probatio a petitore suscipienda sit?

§. 1.

Sententia vulgari legibus partim, partim argumentis ex natura rei depromtis firmata et ab adversariorum exprobrationibus defensa, superest, ut in possessionem adversarii investigemus, contra quem probatio dominii suscipienda est. Quae quidem quaestio quum sua sponte oriatur, quia in qualibet actione consideranda de actoris et rei partibus quaeri solet, tum dignissima est, ad quam pluribus respondeatur, quia probationis diabolicae obtrectatores iniquitatem ejus vehementer accusant. Nam illud plerisque plane non videtur ferendum, sola negatione dominii a parte adversarii difficillima dominii probatione petitorem onerari, etiamsi reus nullum possessionis titulum ostenderit. Etiam ab hac objectione sententia vulgaris defendenda a nobis est. Quod fieri non potest, nisi ut rursus a jure antiquo initium faciamus, ac legibus hac de re latis diligenter consideratis ostendamus, rem ex jure Justinianeo ita reapse sese habere, sicuti ea a vulgaris sententiae defensoribus exponatur.

§. 2.

Ac jure quidem antiquo, sicuti ex solennitate Vindicationis Cap. II. §. 1. hujus libelli exposita intelligitur, possessor, a quo rem alter petierat, contra vindicabat, postquam a Praetore interrogatus erat, num sibi ejusdem rei dominium tribueret. Ad quam Praetoris interrogationem si possessor aut tacebat aut negabat, se contra esse vindicaturum, res ad disceptandum amplius non erat accommodata: imo omnibus ambagibus praecisis petitori res a Praetore addicebatur. Sic rem sese habuisse ex cessionis in jure solennitate, quam ex vindi-

catione et addictione constat fuisse compositam, derivare studuit *Cel.* Ballhorn-Rosen in libro, cui titulus est: *Ueber Dominium. pag.* 167. Jam vero possessor, qui revera contra vindicaverat, a petitore cogi poterat, ut causam diceret, cur id fecisset. Ajebat enim petitor auctore Gajo *Inst. Comm. IV.* §. 16. „*Postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris?*" Haec causa contravindicationis a possessore exponenda nihil aliud est, quam justus titulus et modus, quo dominium ad se contendit pervenisse. Unde patet, jure antiquo dominum rem vindicantem ad probandum dominium cogi non potuisse, nisi etiam possessor titulum suae possessionis esset professus. Quod si factum erat, a petitore debebat dominium probari. Nec vero hac probatione res finiebatur. Imo nunc possessor ad probationem dominii non solum admittebatur, verum etiam cogebatur. Nam ex modo litigandi veteribus solemni ab utroque litigatore certa pecuniae quantitas deponenda erat, qua qui lite inferior discesserat, in commodum aerarii privabatur. Quod quum etiam a possessore fieri deberet in quaestione dominii, non immerito conjici potest, ab eo perinde atque a petitore dominium fuisse probandum, ne pecunia deposita lite victus in commodum aerarii privaretur.

§. 3.

At, quod jure antiquo sapientissime erat institutum, ut reus in rei vindicatione titulum possessionis petitore postulante dicere ac probare cogeretur, sensim sensimque ita mutatum est, ut in jure novo nullum ejus vestigium remanserit. Imo jure novo prorsus contrariam regulam reperimus, ita ut possessor tituli possessionis dicendi necessitate liberetur et superior petitore sit, qui dominium probare non potuit. Quod pluribus Corporis Juris locis ostenditur. Jam si quaeritur, quonam tandem modo contigerit, ut jus novum ab antiquo toto coelo differat, responderi nihil certi potest. Haud scio,

an in vehementissimis rei judiciariae apud Romanos mutationibus etiam hujus mutationis causa quaerenda esse videatur. Ex quo enim Legibus Aebutia et Juliis judiciariis legis actionum usus in litigando abrogatus est, in earumque locum formulae Praetoris potissimum edicto substitutae sunt, antiquae Vindicationis in omnibus judiciis cessabat solennitas, praeterquam apud Centumviros, ad quos auctore Gajo *Inst. Comm. IV.* §. 31. post Legem Aebutiam etiam causa legis actione (sacramenti deferebatur. In reliquis judiciis praeter illud Centumvirorum loco antiquae Vindicationis aut per formulam petitoriam aut per sponsionem in rem agebatur. Actionem in rem per sponsionem Gajus *Inst. Comm. IV.* §. 93—95. hoc modo describit:

Per sponsionem vero hoc modo agimus. Provocamus adversarium tali sponsione: Si homo, quo de agitur, ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes? *deinde formulam edimus, qua intendimus, sponsionis summam nobis dari oportere; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus, rem nostram esse. Nec tamen haec summa sponsionis exigitur. Non enim poenalis est, sed praejudicialis et propter hoc solum fit, ut per eam de re judicetur. Unde etiam is, cum quo agitur, non restipulatur. Ideo autem appellata est pro praede litis et vindiciarum stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est, pro re et fructibus a possessore petitori dabantur. Caeterum si apud Centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem: sacramento enim reum provocamus* etc.

Ex quo loco patet, antiquam Vindicationem a recentiori ita differre. In antiqua Vindicatione non solum petitor, verum etiam possessor causam dominii manifestare ac probare debebat; eamque ob causam ab utroque litigatore certa pecuniae quantitas deponenda erat, qua qui

lite inferior erat, privabatur. In nova autem Vindicatione petitor provocabat quidem adversarium, ut, si res petitoris esset, certam pecuniae summam se daturum esse sponderet. Jam vero haec pecunia a possessore promissa non solvenda erat, etiamsi possessor vincebatur; imo propterea solum promittebatur, ut de re judicari posset. Quod cum ita esset, neque restipulationi locus erat, i. e. non cogebatur petitor possessori promittere pecuniam, si lite esset victus, solvendam. Unde patet, in nova Vindicatione possessorem neque ad contra vindicandum, neque ad titulum possessionis dicendum probandumque fuisse coactum; alioquin, si ad illud coactus fuisset, revera permittendum erat, ut sibi restipulatione prospicere posset. Neque in judicio Centumvirali post Legem Aebutiam et duas Julias judiciarias possessori titulum possessionis dicendi necessitas imponabatur. Modus enim litigandi in hoc judicio in eo tantum differebat, quod in hoc certa pecuniae quantitas a possessore non per formulam, sed per legis actionem sacramenti petebatur. Ergo apud Centumviros adeo cessabat contravindicationis ac tituli possessionis dicendi necessitas. Itaque summa haec est. Antiqua Vindicatio eam habebat vim, ut de dominio utriusque litigatoris quaereretur et necessaria esset ab utraque parte dominii probatio: nova autem Vindicatio continebat tantum quaestionem de dominio petitoris, ita ut hic solus dominium deberet probare et possessor omni probatione liberaretur.

§. 4.

De tempore hujus mutationis certo non constat. Ciceronis certe tempore antiqua Vindicatio adhuc in usu erat, sicuti ex *Orat. pro Mur. cap.* 12. sua sponte intelligitur. Ergo sub Augusto fortasse vel paulo *post* nova Vindicatio fundata est. Quod probabile redditur forma judicii Centumviralis sub Augusto mutata et Lege Julia judiciaria, quae in legis actionibus abrogandis vim

videtur habuisse maximam. Atque ipsa novae Vindicationis indoles, sive formulam petitoriam spectaveris, sive actionem in rem per sponsionem, argumento est, sensim sensimque mutationem contigisse. In utraque enim actione excolenda Praeter potissimum videtur elaborasse, quem, quaecunque constitueret, paulatim constat introduxisse. De causa hujus mutationis nihil certi proferri potest. Multum, ut opinor, dominii bonitarii et Publicianae in rem actionis introductio ad eam attulisse videtur. Utroque enim instituto agnito fieri poterat, ut justa causa quis rem possideret, nec vero eam ex jure Quiritium suam dicere posset. Unde iniquum fuisset, ejusmodi possessorem, qui rem in bonis habebat, aut bona fide possidebat, rei vindicatione instituta ad contravindicandum cogi, i. e. ad dominium ejusdem rei ex jure Quiritium sibi tribuendum idque probandum.

§. 5.

Sic tandem eo ventum est, ut possessor neque titulum possessionis dicere neque probare cogeretur et in petitorem solum probatio dominii ab adversario negati devolveretur. Quod pluribus Corporis Juris locis probatur, veluti.

1. *L.* 5. *pr. D. si usufructus petetur.* VII. 6. Ulpianus Libro 17. ad Edictum.

Uti frui jus sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest: quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire. De suo enim, non de alieno jure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videtur, quam alieno, quum invito se negat jus esse utendi fructuario vel sibi esse jus prohibendi. Quodsi forte, qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincit ta-

men jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant.

Agit locus hic de actione negatoria, in qua constat dominium rei ab actore esse probandum. Quae de necessitate probandi dominii in actione negatoria valent, commode etiam ad rei vindicationem transferri possunt. Itaque sicuti in actione negatoria reus potior est, etiamsi nullum jus habeat, dominio rei ab actore non probato, ita etiam in rei vindicatione res sese habere videtur. Id quod ex ultimis hujus loci verbis patet: *vincit tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant.* Inde enim in omnibus in rem actionibus receptum esse intelligitur, ut possessores ab onere sui juris probandi tamdiu immunes sint, quamdiu petitor suum jus nondum ostenderit.

2. *L.* 9. *D. de rei vindicatione.* VI. 1. Ulpianus Libro 16. ad Edictum.

Officium autem judicis in hac actione hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat. Nec ad rem pertinebit, qua ex causa possideat; ubi enim probari rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem.

3. *L.* 2. *C. de probationibus.* IV. 19. Imp. Antoninus Aulizano.

Possessiones, quas ad te pertinere dicis, more judiciorum persequere. Non enim possessori incumbit necessitas probandi, eas ad se pertinere, quum te in probatione cessante dominium apud eum remaneat.

4. *L.* 28. *C. de rei vindicatione.* III. 32. Impp. Diocletianus et Maximianus Sopatro.

Res alienas possidens, licet justam tenendi causam nullam habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur.

§. 6.

Jam vero CONSTANTINO MAGNO hoc mutandum videbatur, quia iniquum esse putabat, adversus adversarium nullam possessionis causam dicentem petitorem probatione dominii onerari. Ideo *L.* 1. *C. Theod. de fide testium et instrumentorum.* XI. 39. haec constituit:

> *Etsi veteris juris definitio et retro principum rescripta in judicio petitori ejus rei, quam petit, necessitatem probationis dederunt, tamen nos, aequitate et justitia moti, jubemus, ut, si quando talis emerserit causa, in primordio juxta regulam juris petitor debeat probare, unde res ad ipsum pertineat; sed si deficiat pars ejus in probationibus, tum demum possessori necessitas imponatur probandi, unde possideat vel quo jure teneat, ut sic veritas examinetur.*

Quod initio constitutionis *veteris juris definitionem* esse Imperator significat, ut petitor, unde rem acquisiverit, debeat probare, id de regula juris a ICtis constituta intelligendum est, ex qua in quaestione dominii onus probandi in petitorem devolvitur. Caveamus autem necesse est, ne *vetus jus* hoc loco antiquissimum jus, quod de Vindicatione et Contravindicatione olim obtinuerat, esse existimemus. Imo *vetus jus* proprium jus civile a ICtis excultum significat, quo etiam sensu Pandectarum collectio *jus vetus enucleatum* vocatur. Illud *vetus jus* ergo, ex quo possessor necessitate probandi tituli possessionis liberabatur, ita mutatum est CONSTANTINI constitutione, ut ex ea tum demum, quum probationem dominii petitor perficere non potuerit, ad suum jus et titulum possessionis probandum adversarius cogatur. Quod licet satis perspicuum sit, tamen celeberrimus Codicis Theodosiani interpres, GOTHOFREDUS, persuadere sibi non potuit, hac nostra constitutione juri antea obtinenti prorsus esse derogatum; imo certis tantum ex causis possessorem tituli possessionis probatione onerari suspicatus est. Verba enim legis: *si quando*

talis emerserit causa, indicare ait, Constantinum non ea mente legem tulisse, ut jus antiquum omni modo abrogaret, sed ut certis tantum casibus ejusmodi probatio possessori imponeretur. Ita verbi causa hujus probationis casum *L. 5. C. de furtis et servo corrupto. VI. 2.* contineri arbitratur, ubi Alexander Severus hunc in modum rescripsit:

> *Civile est, quod adversarius tuus exigit, ut rei, quam apud te fuisse fateris, exhibeas venditorem: nam a transeunte et ignoto te emisse, dicere non convenit volenti evitare alienam bono viro suspicionem.*

Qui locus in *Basilicorum Libro LX. Tit. VI. cap. 22. Tom. VII. pag.* 190. in graecum sermonem sic translatus est: Ὁ ἀγοράσας κλοπιμαῖα καὶ ἀπαιτούμενος εἰπεῖν τὸν πεπρακότα οὐκ ὀφείλει λέγειν, ὅτι ἀγνοῶ, τίς ἐστι, παρερχόμενος πέπρακέ μοι καὶ ὥδευσεν· ἀλλ' ὀφείλει λέγειν τὸν κλέπτην. Ad quem locum in *Schol. Basilicorum. Tom. VII. pag.* 209. haec Thalelaei animadversio legitur: Πρόσκειται εἰς τὸ κατὰ πόδας· εἰ βούλεται ἐκφυγεῖν τὴν ἀλλοτρίαν τοῦ ἀγαθοῦ ἀνδρὸς ὑποψίαν· καὶ φησὶ Θαλέλαιος· σημείωσαι, ὅτι, εἰ μὲν ψιλῶς περὶ δεσποτείας ἐστὶν ἡ ζήτησις, οὐκ ἀπαιτεῖταί τις δεῖξαι, πόθεν ἐκτήσατο· εἰ δὲ περὶ κλοπῆς, ἀναγκάζεται τότε ὁ περὶ κλοπῆς ἐναγόμενος δεῖξαι, πόθεν νέμηται. Ex quibus Thalelaei verbis conjecit Gothofredus, hoc voluisse Constantinum, ut certis tantum casibus, veluti si quis rem furtivam petiisset, petitor primo loco rem suam esse probaret, et postquam ille probationem perfecisset, reus, unde possideret et quem haberet possessionis auctorem, ostenderet. Atqui si hoc tantum, de quo Gothofredus cogitavit, Constantini fuit in lege ferenda consilium, nihil causae erat, cur constitutionem laudatam promulgaret. Opus enim ea non fuit, quum jam antea receptum esset, sicuti ex Alexandri rescripto patet, ut possessor rei furtivae auctorem possessionis nominare cogeretur, ne ipse in furti incideret suspi-

cionem. Verum enimvero ex initio legis jam colligitur, Imperatorem novi quid et a jure antea obtinente abhorrens constituere voluisse. Iniquum enim et injustum ei videbatur, adversus possessorem plane nullam possessionis causam dicentem probatione dominii petitorem onerari. Unde aequitate et justitia motus primo loco petitori, et postquam hic probatione defecerat, possessori dominii probationem injunxit. Quod, ut opinor, ea constituit mente, ut, uter revera dominus esset, statim patefieret. Videtur tamen, dominio a petitore plene probato, omni juris sui probandi necessitate possessor fuisse liberatus, nisi sua sponte eam suscipere maluerit probationem. Qua Constantini constitutione licet jus antea obtinens vehementer fuerit mutatum, tamen inter eam et jus antiquissimum multum adhuc interfuit. Ex hac enim possessor, qua ex causa possideret, tum demum probare cogebatur, quum suam intentionem petitor non implevisset; ex illo autem contravindicare et qua probatione petitor, eadem etiam ipse fungi debebat, ita ut nihil interesset, utrum eam perfecisset petitor, necne. In Codicem Justinianeum lex Constantiniana translata non est, quod, ut opinor, ex indole ejus explicandum est. A jure enim antea recepto et ICtorum responsis et Imperatorum rescriptis exculto tam aliena fuisse videtur, ut metuendum esset, ne ea in Codicem Justinianeum translata cum reliquis legibus nimis pugnaret et earum applicationem turbaret. At tamen cohaerere cum ea *L. 2. C. ubi in rem actio exerceri debeat.* III. 19., qua nominatio auctoris a Constantino introducta est, tam arcte videtur, ut ea ex probandi dominii necessitate possessori ab Imperatore injuncta optime explicari possit. Nam qui alieno nomine possidebat, vehementer optare debebat, ut probatione dominii liberaretur, quam se perfecturum esse sperare non poterat. Ea probatione liberare sese poterat auctoris nominatione; qua facta totius litis periculum in auctorem transibat.

§. 7.

Quae a CONSTANTINO de dominii probatione tam petitori, quam possessori injungenda constituta fuerant, sanae rationi et juris principiis ARCADIO et HONORIO tam vehementer videbantur repugnare, ut legem Constantinianam abrogare non dubitarent. Ideo *L.* 12. *C. Theodos. de fide testium et instrumentorum* XI. 39. haec constituerunt:

Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis edicere, quae tanta erit amentia? ut ratione praepostera petitor ab eo, quem pulsat, informationes postulet actiones: quum omnem probationem exigi oporteat ab eo, qui vindicare nititur, non ab eo, qui se juste tenere contendit? Intentanti namque, non suscipienti probationum necessitas imponenda est, praeter eum, qui edicere cogitur, utrum pro possessore, an pro herede possideat.

Quae constitutio nonnullis omissis in Codicem Justinianeum translata est, in quo est *L.* 11. *C. de hereditatis petitione.* III. 31. ubi haec leguntur:

Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere, incivile est, praeter eum scilicet, qui dicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat.

Sic ergo haec ARCADII et HONORII constitutio, quia lex Constantiniana in Codicem Justinianeum recepta non est, cum legibus antea laudatis *L.* 5. *D. si ususfructus petatur.* VII. 6. *L.* 9. *D. de rei vindicatione.* VI. 1. *L.* 28. *C. de rei vindicatione.* III. 32. *L.* 2. *C. de probationibus.* IV. 19. juris novissimi principia continet. Addenda sunt verba §. 4. *Inst. de interdictis.* IV. 15.

Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi ejus res non sit, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio: propter quam causam, quum obscura sint utriusque jura, contra petitorem judicari solet.

§. 8.

Atque hinc quidem ex locis intelligitur, ad probationem dominii petitori imponendam jure novo nihil aliud desiderari, quam ut possessor dominium ejus negaverit, et non ostenderit, quo jure et quo titulo ipse possideat. De quo quamvis dubitari vix posse videatur, tamen inter antiquiores et recentiores Corporis Juris interpretes non defuerunt, qui certis ex causis etiam possessorem ad titulum possessionis dicendum probandumque existimarunt compelli. Cujusmodi casum *L. 16. C. de probationibus.* IV. 19. contineri jam Scholiastae Basilicorum sibi persuaserunt. In qua Diocletianus et Maximianus haec rescripserunt:

Sive possidetis praedia, quae a patre communi sibi fratres emancipati donata commemorantes vindicant, ipsis incumbit facti probationis necessitas: sive ipsis ea praedia a patre vestro sibi donata tenentibus, vos ex persona constituti patris petitis, ut intentionem vestram non constitisse detegant, unde domini facti sunt, emergenti quaestione docere compelluntur.

Ad quem locum in *Scholiis Basilicorum Libro XXII. Tit. I. cap. 36. Tom. III. pag.* 55. haec notantur: *Τοῦ κινοῦντος τὴν ἰν ῥὲμ μὴ δεικνύντος ἴδιον εἶναι τὸ πρᾶγμα, ἄδεια κατέχοντι ὁ νεμόμενος· καὶ σιωπῶν γὰρ νικᾷ ὁ ῥεὸς μὴ ἀποδεικνύντος τοῦ ἄκτωρος, κἂν ἀλλότριον νέμηται, ὡς ἔγνως βιβ. γ'. τοῦ κώδικος τιτ. λβ'. διατ. κη'. ἀμέλει φησὶν ἡ κγ'. διατ. τοῦ παρόντος τιτ. εἰ ἀπορήσει τῆς ἀποδείξεως ὁ ἄκτωρ, οὐ δύναται λέγειν τῷ ῥέῳ, ἵνα αὐτὸς ἀποδείξῃ· μέμνησο τῆς δ'. διατάξεως τοῦ α'. τιτ. τοῦ β'. βιβ. ἤτοι βιβ. ζ'. τιτ. η'. κεφ. ιδ'. καὶ ἀνάγνωθι τὴν ιστ. διατ. τοῦ προκειμένου τιτλ. ἤτοι κεφ. ν'. καὶ στ'. διάταξιν τοῦ κ'. τιτ. τοῦ παρόντος δ'. βιβ. ἐξ ὧν ἔστι μαθεῖν, ὅτι ἄκτωρ τῇ ἀποδείξει βαρύνεται· ταῦτα δὲ νοει, εἰ μὴ ἄρα νεμόμενος καὶ ἐναγόμενος τῇ ἰν ῥὲμ λέγει τὸ πρᾶγμα αὐτῷ δωρηθῆναι· τότε γὰρ αὐτὸς ἀναγκάζεται δεῖξαι τὰ περὶ τῆς*

δωρεᾶς, κἂν ῥεὸς ἔστιν, ὡς διαστίζει ἡ μνημονευθεῖσα κστ'. διατ. τοῦ παρόντος τίτλ. *Si, qui agit in rem, non probat, suam esse rem, remanet in possessione possessor. Nam tacens etiam vincit reus non probante actore, etiamsi rem alienam possidet, uti didicisti Lib. 3. Cod. Tit. 32. const. 28. Denique ait const. 23. praesentis tituli: Si dubitat de probationibus actor, non potest postulare a reo, ut hic probationem suscipiat. Memineris const. 4. Tit. 1. Lib. 2.* (Tit. Cod. de edendo) *vel Lib 7. Tit. 8. cap. 4. Basil. et legas const. 16. praesentis tituli vel Basil. cap. 50. et const. 6. Tit. 20. hujus Libri 4. ex quibus disci potest, actorem probatione onerari. Hoc autem ita intellige, nisi possessor actione in rem conventus dicat, rem sibi esse donatam: tunc enim ipse cogitur ostendere donationem, licet reus sit, uti distinguit memorata const. 16. hujus tituli.* Atque ad ipsam *L. 16. C. de probationibus.* IV. 19., quae respondet *Basilicorum Libro XXII. Tit. I. cap.* 50. Scholiastes, postquam τὸ κατὰ πόδας, textum constitutionis verbotenus graece expressum praemisit, *Tom. III. pag.* 64. ita pergit: *Μὴ θαυμάσῃς δὲ ἀκούων, ὅτι ὁ ἐναγόμενος βαρεῖται ἀποδεῖξαι· καὶ γὰρ ἀπὸ σπανίων θεμάτων συμβαίνει καὶ τὸν ἐναγόμενον βαρεῖσθαι ἀποδείξει, ὡς ἡ ά. διάταξις τούτου τοῦ τιτ. ἐδίδαξεν· ἀνάγνωθι καὶ τὸ ιβ'. διγ. τοῦ γ'. τιτ. τοῦ κη'. βιβ. Ἵνα δὲ μὴ εὑρεθῇ ἐναντίον τοῖς πολλαχοῦ κειμένοις, καὶ μάλιστα ἐν τούτῳ τῷ τιτλ. ἐν τῇ β'. διατ. μετὰ τὰς ἀποδείξεις τοῦ ἐνάγοντος, ὅτι κληρονόμος ἐστί, τότε θεμάτισον ἐκεῖνον ἀναγκάζεσθαι δεῖξαι τὴν ἰδίαν νομήν, ὡς ἑτέρωθεν λέγοντα ἑαυτὸν εἶναι δεσπότην. Ne mireris, si audis, etiam reum onerari probatione. Raro enim accidit, ut etiam reus oneretur probatione, sicuti const. 1. hujus tituli docuit. Lege etiam dig. 12. Tit. 3. Libri 28. Ne tamen hoc adversari videatur iis, quae pluribus locis leguntur, et in hoc potissimum titulo const. 2. post probationes actoris, se heredem esse, finge illum cogi, ut probet suam possessionem, quum aliunde dixerit, se ipsum*

esse dominum. Unde apparet, a Scholiastis Basilicorum speciem *L.* 16. *C. de probationibus.* IV. 19. propositam iis casibus adnumerari, quibus possessor ad dominium probandum cogatur. Inter recentiores cum iis consensit Kratzerus in libello, cui titulus est: *Ueber den Beweis des Eigenthums.* pag. 42. edit. Vindobon. 1810. 8. Ego vero ne isto quidem loco probari posse arbitror, possessoris esse, ut titulum possessionis in ipsa litis contestatione edicat. Imo ex natura rei sequitur, reum probatione dominii a petitore perfecta esse condemnandum, nisi ipse se dominum esse possit monstrare. Exinde autem derivari non potest, reum jam primordio litis ad titulum possessionis dicendum teneri, sed nihil aliud, quam post probationem dominii a petitore absolutam ejus esse, ut dicat, ex qua causa possideat, illamque causam probet, ni velit condemnari. Nam specie *L.* 16. *C. de probationibus* proposita necesse est, ut fratres emancipati, qui praedia hereditaria possident, probato a fratribus coheredibus ea vindicantibus jure hereditario, ostendant, *unde domini sint*, ergo factam a patre donationem, qua se dominium istorum praediorum affirmant accepisse. Quod fieri propterea ab illis debet, *ut detegant, eorum* sc. fratrum coheredum, *intentionem non constitisse.* Donationis autem probatio propterea necessario ab heredibus, qui ea praedia possidebant, perficienda est, ne coheredibus, qui jus succedendi sibi competere ostenderant, ad praedia restituenda condemnarentur. Ea enim praedia, si heredes ea possidentes donationem a testatore in se collatam probare non possunt, ad hereditatem pertinent, eamque ob causam cum coheredibus dividenda sunt. Sic recte Scholiastes secundo loco laudato hanc constitutionem mea quidem sententia interpretatus est. Ita etiam *L.* 9. *D. de rei vindicatione.* VI. 1. intelligenda est, ubi Ulpianus scribit: „*Officium „autem judicis in hac actione hoc erit, ut judex inspi„ciat, an reus possideat. Nec ad rem pertinebit, ex qua „causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, ne-*

„*causa habebit possessor restituere, nullam objicit ali-„quam exceptionem*" etc. Ibi significatur, causam possessionis neque respiciendam esse, neque ad eam petitori indicandam cogi possessorem, nisi probato a petitore dominio necessitatem rei restituendae velit evitare. Exceptione enim a possessore objicienda haud scio, quid praeter exceptionem dominii aut allegationem alius causae, qua reus rei restitutione sese liberari arbitretur, aliud intelligi possit. Ac si praeterea Krazerus libro laudato §. 11. *pag.* 37. ex *L.* 15. *C. de rei vindicatione.* III. 32. existimat probari, jam initio litis, ante, quam petitor suam perfecerit probationem, a possessore interdum ostendi debere causam possessionis; illud lubenter ei assentior, casum lege laudata contineri, quo initio litis uterque litigator titulum acquirendi dominii sua sponte manifestaverit; nec vero a me possum impetrare, ut existimem, hoc fieri specie proposita a possessore debuisse. Uterque enim litigator rem eandem ab eodem auctore emerat. Quum dubitaretur, uter esset praeferendus, eum esse potiorem, cui res priori a domino tradita esset, Diocletianus et Maximianus rescripserunt. De necessitate tamen titulum possessionis dicendi reo imposita nihil in rescripto reperitur. Denique huc videtur pertinere *L.* 30. §. 1. *D. de exceptione rei judicatae.* XLIV. 2., ubi Paulus Libro 14. Quaestionum pluribus praemissis haec scribit:

Respondi, si de proprietate fundi litigatur, et secundum actorem pronunciatum fuisset, diceremus, petenti ei, qui in priore judicio victus est, obstaturam rei judicatae exceptionem: quoniam de ejus quoque jure quaesitum videtur, cum actor petitionem implet. Quodsi possessor absolutus amissa possessione eundem ab eodem, qui prius non obtinuit, peteret, non obesset ei exceptio. Nihil enim in suo judicio de jure ejus statutum videretur.

Paulo ergo auctore possessori in dominii quaestione ad rem restituendam condemnato et post condemnationem

eandem rem vindicaturo obstabit rei judicatae exceptio; absoluto autem et omissa possessione vindicaturo ab eo, qui in priore judicio rem petierat et inferior discesserat, eadem exceptio nequaquam objicietur. Nam primo quidem casu PAULUS etiam de jure possessoris dicit esse pronunciatum, quia ad rem restituendam condemnari non potuerit, nisi actor impleverit petitionem sive intentionem i. e. dominium probaverit; secundo autem casu de jure possessoris nihil statutum priore judicio esse ideoque exceptionem rei judicatae ei opponi non posse contendit. Dixerit quispiam, causa possessionis neque dicta neque probata de jure possessoris sententia statui nil posse, ob eamque causam a PAULO significari, ejus esse, ut controversia de dominio exorta, qua ex causa possideat, profiteatur? At qui ex ipsis ICti verbis: *quoniam de ejus quoque jure quaesitum videtur, quum actor petitionem implet*, ejusmodi refellitur conjectura. Nam si actor dominii perficit probationem, sive illud ab alio acceperit translatum, sive proprio facto acquisiverit, hoc sufficere debet. Probato enim dominio fieri non potest, quin reus, quacunque ex causa possideat, condemnetur, quia ejusdem rei unus tantum dominus esse potest. Quamobrem dubium vix est, quin probatione dominii a petitore perfecta de jure etiam possessoris quaesitum esse videatur, licet hic, a quo possessionem acceperit, nominaverit neminem. Quemcunque enim possessionis auctorem nominaret, eum certum est, nihil ipsi esse profuturum, quia si auctor petitoris dominus fuit, possessoris auctor dominium habere non potuit.

§. 9.

Hactenus studuimus ostendere, locum, quo possessori titulum possessionis dicendi necessitas imponatur, in Corpore Juris reperiri nullum, eosque locos, quos huc nonnulli ICti putaverint pertinere, alia ratione esse interpretandos, ut ne enim aliis, quibus possessor causam causam, quia possidet, omni probatione immunis esse di-

citur, pugnare videantur. Nihilosecius non deerunt, qui aequitatis studio erga petitorem moti possessorem illa necessitate onerari dicent oportere. Atque illud postulabunt, difficultatem probationis dominii prae se ferentes, quam, si possessor titulum possessionis non edixerit, a petitore dicent vix posse pertractari. Quo enim jure, inquient, imponi potest petitori, ut auctorum probet dominium, quum reus praeter favorem possessionis nihil pro se possit allegare? Ego vero iniquum esse concedo, tam difficili probatione ex juris rigore omnino defendenda onerari petitorem, nec vero illud aequitati puto repugnare, quod reus ad causam possessionis dicendam cogi ab actore non possit. Atque haec immunitas possessoris ab onere probandi in quaestione dominii ex jure stricto adeo defenditur. Nam in ipsis Juris Romani fontibus ne petitor quidem, ut in libello dicat, qua ex causa dominium sibi tribuat, cogi posse dicitur. Sufficit in universum rei vindicatione instituta, si actor rem dixerit esse suam, ita ut diligentior et accuratior tituli ac modi acquirendi dominii enarratio ad probationem usque differatur. Quod colligi his ex locis potest. Sic Paulus Libro 70. ad Edictum in *L.* 14. §. 2. *D. de exceptione rei judicatae.* XLIV. 2. haec scribit:

> *Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt: quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulas causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. At cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico: omnes causae una petitione apprehenduntur. Neque enim amplius, quam semel res mea esse potest; saepius autem deberi potest.*

Ita etiam Ulpianus Libro 75. ad Edictum in *L.* 11. §. 5. *D. eod.* scribit:

> *Itaque acquisitam quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit.*

Ut puta opinabatur, ex causa hereditaria se dominium habere; mutavit opinionem et coepit putare ex causa donationis: haec res non parit petitionem novam. Nam qualecunque et undecunque dominium acquisitum habuit, vindicatione prima in judicium deduxit.

Unde intelligitur, eum, qui in rem agit, in universum dicere posse rem esse suam, non expressa causa, cur dominium ejus sibi tribuat. Quod cum ita sit, quanam tandem ratione possessorem ad causam possessionis dicendam et auctorem nominandum cogemus, si ne a petitore quidem in libello causa dominii significari debet? Quid iniquius esse potest, quid magis legibus adversari, quibus reo magis, quam actori favetur? Sane, si de jure constituendo loquimur, melius et utilius est, ut opinor, ut ab utroque litigatore causa, ex qua rem suam esse dicat, jam primordio litis significetur; sed quamdiu quae jure Romano hac de re constituta sunt, valent, possessor ab omni onere probandi esse debet immunis.

§. 10.

Praeterea quaerendum nobis esse videbatur, cujusmodi ejus esse deberet possessio, qui rei vindicatione conventus esset. Ad quam quaestionem respondere eo difficilius est, quo minus ea in re ipsi ICti Romani videntur consensisse. Dissensus eorum patet ex *L.* 9. *D. de rei vindicatione.* VI. 1., ubi Ulpianus Libro 16. ad Edictum scribit:

Officium autem judicis in hac actione hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat. Nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. Denique, ait, ab eo, apud quem

deposita est vel commodata, vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisque nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

Pegasus ergo putavit, eum tantum, qui possideret, i. e. rem cum animo eam sibi habendi detineret, rei vindicatione conveniri posse; eum autem, qui in possessione esset, nec vero animum rem sibi habendi teneret, ab ea actione esse liberum. Ulpianus autem etiam contra nudum rei detentorem rei vindicationem admittit. Unde dissensus ratio manifesta est. Jam vero Ulpiani sententia non solum, quia Ulpianus post Pegasum vixit, verum etiam propterea praeferenda est, quia ille hujus opinionem manifesto improbavit. Sic etiam Basilicorum Compilatores rem acceperunt atque ita locum laudatum in graecum transtulerunt sermonem, ut nulla dissensus ICtorum ratione habita Ulpiani sententiam pro unice vera agnovisse videantur. Ajunt enim in *Basil. Lib. XV. Tit. I. cap. 9. Tomi II. p. 197.* Ὅθεν δήποτε νέμεται ὁ ἐναγόμενος, ὅπερ ἀποδείξω ἐμὸν εἶναι, καταδικάζεται, εἰ μή τινα παραγραφὴν ἀντιθήσει· καὶ ὁ ψιλὴν γὰρ ἔχων νομὴν, καὶ ὁ λαβὼν ἐν παραθήκῃ ἢ χρήσει ἢ μισθώσει ἢ ἀπὸ τῆς ἐπὶ ληγάτοις ἱκανοδοσίας ἢ προικὸς ἢ τῆς γαστρὸς ὀνόματι ἢ διὰ τῆς προσδοκωμένης ἐν οἴκῳ ζημίας, καὶ πᾶς νεμόμενος καὶ δυνάμενος ἀποκαταστῆσαι ἐνάγεται τῇ περὶ πραγμάτων ἀγωγῇ. *Quacunque ex causa reus possidet, quod probavero meum esse, id ut restituat, condemnatur, nisi aliquam exceptionem objecerit. Nam et qui nudam habet possessionem et qui suscepit depositum vel commodatum vel conductione vel legatorum servandorum causa vel dotis vel ventris nomine, vel propter ruinam aedium imminentem, omnino quicunque possidet et potest restituere, convenitur rei vindicatione.* Jam si vera est Ulpiani sententia existimantis, etiam eo, qui nudo

detentore rem vindicari posse, quaeritur, quomodo illa cum his legibus concilianda sit.

1. *L.* 25. *D. de rei vindicatione.* VI. 1. Ulpianus Libro 70. ad Edictum.

Is, qui se obtulit rei defensioni sine causa, cum non possideret neque dolo fecisset, quominus possideret, si actor ignoret, non est absolvendus, ut Marcellus ait. Quae sententia vera est, sed post litem contestatam. Ceterum ante judicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere, cum vere non possideret: nec videtur liti se obtulisse, qui discessit.

2. *L.* 80. *D. eod.* Furius Anthianus Libro 1. ad Edictum.

In rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere, se non possidere: ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non approbaverit.

§. 11.

Ex utraque lege patet, eum, qui rei vindicatione conveniatur, actione sese liberare posse, si dixerit, rem a se non possideri. Jam vero quum nudus etiam detentor ex Ulpiani sententia actione in rem conveniri possit, nihil ipsi proderit, si negat se possidere; quia revera tenet et habet rei, quam tenet, restituendae facultatem. Ergo litem suscipere cogitur. Atqui injustum est, eum, qui negat se possidere, i. e. qui negat, se animo esse rem petitam sibi habendi, ad litigandum de ejus proprietate cum petitore cogi. Petitoris enim, modo rem accipiat, nihil interest, utrum adversarius in possessione tantum sit, an revera possideat animo sibi habendi. Quod cum ita sit, facillima legum conciliandarum ratio haec erit, ut inter sententias ICtorum, et eas, quae a Constantino Magno de nominatione auctoris

constituta sunt, discernamus. Adversarius, contra quem petitor probare dominium debet, possidere debet, i. e. rem detinere atque animo esse eam sibi habendi. Eatenus Pegasi sententia vera est. Nam qui rem vindicat, eam suam esse dicit sibique soli jus de ea disponendi aliosque ab ejus usu excludendi asserit. Huic petitoris intentioni animus possessoris rem sibi habendi e regione positus est, tum manifestus, quum ab eo dominium negatur petitoris. Quem possessoris animum petitor non potest tollere atque inutilem reddere, nisi sibi jus esse probaverit, de ea re disponendi aliosque excludendi. Sed quod Ulpianus dicit, etiam a nudis rei detentoribus rem posse vindicari, ita intelligendum est, ut locus quidem adversus eos rei vindicationi esse debeat, quum haec actio in rem sit, et adversus quemlibet instituatur, cujus in manibus res reperiatur. Jam vero exinde nondum sequitur, nudum rei detentorem ad litigandum de rei proprietate cum petitore cogi. Quum enim alieno nomine possideat, nec animo sit, rem sibi habendi, liberandus est, si ante quam judicium accipiat, negaverit sese *possidere*, i. e. ultro professus fuerit, se rem quidem tenere, nec vero eam sibi habere velle. Neque enim dominium negat petitoris, neque aliud quid juris in re sibi tribuit; imo quum negaret se possidere, sua sponte omni possessione cessit, quae nunc in petitorem transferenda est. Igitur, quum possessio nunc ad petitorem transferatur, nihil causae est, cur detentor de rei proprietate cum eo litiget. Actor enim rem persecutus est, eamque nunc habet, quia detentor ei ultro cessit. Sic res ex jure Pandectarum sese habere videtur.

§. 12.

Qui alieno nomine possidet et petitori rem vindicanti se non possidere respondet, ex jure Pandectarum cedit possessione in petitorem transferenda. Sed hoc tum ipsi, tum vero auctori, cujus nomine possederat, noxium esse potest. Ac primum ipsi propterea obest,

quia auctori, cujus nomine possederat, ex obligatione ad rem restituendam tenetur. Quam rem non potest restituere, quoniam ejus possessionem petitor habet. Unde auctori id quod interest ejus, rem non posse restitui, sine ulla dubitatione praestare debebit, nec sese defendere poterit, excipiendo, se ad quaestionem dominii evitandam coactum fuisse, ut se negaret possidere ideoque possessione petitori cederet. Auctori autem magnum damnum inde oritur. Hic enim, postquam is, qui hujus nomine possederat, se possidere negando possessionem ad petitorem transtulit, ex possessore fit petitor, et quam antea commodis possessionis mixus quiete expectare poterat dominii probationem, eam nunc ipse suscipere ac perficere cogitur adversus priorem petitorem nunc possessoris partis obtinentem. Unde nihil sapientius est constitutione Constantini, qua ei, qui alieno nomine possidet, in quaestione dominii auctorem nominandi officium impositum est. Est. *L.* 2. *C.*, *ubi in rem actio exerceri debeat.* III. 19. hoc modo scripta:

Si quis alterius nomine quolibet modo possidens, immobilem rem litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in judicio dominum nominare, ut, sive in eadem civitate degat, sive in agro, sive in alia provincia sit, certo dierum spatio a judice definiendo eoque ad notionem ejus perducendo vel ipse in loca, in quibus praedium situm est, perveniens vel procuratorem mittens actoris intentiones excipiat. Si vero post hujusmodi indultum tempus minime hoc, quod dispositum est, facere maluerit, tanquam lite, quae ei ingeritur, ex eo die, quo possessor ad judicium vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem contestata: judex, utpote domino possessionis nec post hujusmodi humanitatem sui praesentiam faciente, edictis legitimis proponendis eum citare curabit: et tunc in eadem voluntate eo permanente, negotium summatim discutiens, in possessionem rerum actorem mitti non

differet, omni allegatione absenti de principali quaestione servata.

Qua quidem lege, ut opinor, non introductum aliquid est, quod a jure antiquiori mirum quantum abhorreat; sed illud tantum factum, ut prospiceretur ei, cujus nomine aliquis rem possidebat. Constantini enim in lege ferenda consilium non fuisse, ut novum aliquid et ab iis, quae jampridem constituta essent, prorsus alienum constitueret, jam ex eo sequitur, quod in ipsa constitutione humanitatis gratia occasio auctori jus suum adversus petitorem conservandi ab eoque defendendi dari dicitur. Sic ergo principia juris antiqui ex Pandectis antea exposita hac lege immutata non sunt. Itaque ad probationem dominii petitori injungendam sufficit, si possessor se possidere dixerit et dominium actoris negaverit. Sin autem negaverit se possidere, tum possessio ad petitorem ex jure stricto transferenda est, quia adversarius negando se possidere significavit se animum domini non habere et de dominio petitoris non dubitare. Ideo probatione dominii contra ejusmodi adversarium opus non est. Jam vero Constantinus Magnus a detentore rei auctorem, cujus nomine in possessione est, nominari et huic spatium a judice praescribi vult, ut ne possessionis commodis privetur et ad rei vindicationem respondere possit. Qui si intra tempus constitutum non apparet, possessione in actorem transferenda privatur. Sic nominatio auctoris non est exceptio prorsus nova sine probatione litis ingressum impediens; sed sola negatio possessionis a parte adversarii eam habere debet vim, ut tota lis finiatur et possessio fiat petitoris. Igitur nominatio auctoris tantum humanitatis gratia a Constantino Magno introducta est, ut auctori possessionem servaret, nec vero ut novam exceptionem veteribus ignotam possessori concederet. Atque ut omnia complectamur, is, contra quem rei vindicatio instituitur et actor ad probandum dominium cogitur, animo rem sibi habendi possidere debet; qui

eo animo non possidet et actori cedit possessione, probationem dominii reddit supervacuam. Ita conciliandae sunt Pegasi et Ulpiani sententiae in *L.* 9. *D. de rei vindicatione.* VI. 1.

§. 3.

Hactenus expositum est, cujusmodi ejus esse deberet possessio, adversus quem actor ad dominium probandum adigeretur. Quo facto nihil aliud restat, quam ut investigemus, num adversus fictum etiam possessorem dominium probari oporteat, an sine ea probatione actor efficere ejus possit condemnationem. Fingi possidere, licet non possideant, eos inter omnes constat, qui dolo malo desierint possidere aut liti se obtulerint. Contra adversarium, qui dolo desiit possidere, probandum est petitori, possedisse quidem alterum, sed ea mente possessionem in alium transtulisse, ut petitori dominii persecutionem redderet difficiliorem eumque cum alio adversario litem de proprietate suscipere cogeret. Contra eum autem, qui liti se obtulit, quum non possideret, petitor nihil aliud probare debet, quippe cujus confessio omnem probationem reddat supervacaneam. Jam vero quaeritur, num contra ejusmodi fictum possessorem praeter dolum probandum etiam dominium sit. Quod omnino probandum censeo. Nam probato dolo adversarii possessionis probatio inutilis est, nec vero fundamenti agendi. Alioquin si reum dolo probato, nec vero dominii probatione perfecta condemnari petitori oporteret, hoc perinde esset, ac si quis dixisset, verum etiam possessorem, quem possidere certum esset, nondum probato a petitore dominio tamen confestim esse condemnandum. Quod concessurum puto neminem. Nam etiam Gajus Libro 7. ad Edictum Provinciale in *L.* 36. *pr. D. de rei vindicatione.* VI. 1. scribit: „*Qui petitorio judicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit vel dolo desierit possidere.*“ Unde patet,

petitorem, ne frustra actionem in rem instituat, probare debere, adversarium aut possidere, aut dolo malo possidere desiisse. Igitur probatio doli adversarii in locum succedit probationis possessionis atque nihil aliud est, quam quod vulgo dicitur, legitimatio ad causam passiva. Necessitati dominii probandi adversus fictum possessorem objecerit quispiam, ideo ea petitorem videri liberandum, quia, licet a ficto possessore litis aestimationem jurejurando in litem definitam acceperit, a vero tamen insuper possessore rem possit vindicare, et contra eum dominium probare debeat. Atqui litis aestimatio a ficto possessore petitori solvenda poena quidem doli est, nec vero infligenda, nisi de dominio petitoris constat; nec actor queri potest, adversus fictum possessorem probatione dominii sese onerari, quum rem ab eo, sicuti a vero possessore persequatur. Illud enim ferri non potest, probato dolo adversarii etiam jus, quod actor persequitur, esse probatum. Accedit, quod ex ipsis legibus demonstrari necessitas ejus probationis contra fictum possessorem potest. Edicto provinciali constitutum erat, ut actori, cui alter rem alienando alium adversarium fraude substituisset, actio in factum adversus eum, qui alienasset, in tantum concederetur, quanti ejus interfuisset, alium non habuisse adversarium. Quae actio non solum adversus eum, qui dominium in alterum transferendo, verum etiam contra ejusmodi adversarium, qui possessione in alterum transferenda judicium mutavit, institui potest. De qua Ulpianus Libro 13. ad Edictum in *L.* 4. §. 4. *D. de alienatione judicii mutandi causa facta.* IV. 7. haec scribit:

> *Haec actio in id quod interest competit. Proinde si res non fuit petitoris aut si is, qui alienatus est, sine culpa decessit, cessat judicium, nisi si quid actoris praeterea interfuit.*

Unde intelligitur, eum, qui rem vindicaturus sit a possessore mutandi judicii causa alienatam, ab eo, qui alie-

naverit, actione in factum id quod interest petere non posse, si res revera actoris non fuerit. Igitur, ut id quod interest persequi possit, dominium ab eo probetur necesse est praeter dolosam adversarii alienationem. Jam vero SC. Juvenciano primum in hereditatis petitione constitutum est, ut, qui rem dolo alienaverit, ergo dolo malo desierit possidere, utile in rem judicium, quasi etiamnunc possideret, etiam invitus suscipere cogeretur. Quod ICtorum interpretatione ad reliquas in rem actiones, maxime ad rei vindicationem translatum est. Sic actio in rem utilis adversus fictum possessorem in locum actionis in factum, qua id quod interest ab eo, qui dolose rem alienasset, petebatur, sensim sensimque successit. Et si in hac dominium probandum fuit, sicuti ex lege antea laudata intelligitur, non immerito potest existimari, in rei vindicatione utili adversus fictum possessorem etiam dominii probationem esse perficiendam. Quod jam dudum Pragmatici fecerunt, sicuti ex amplissimo *Cel.* Glückii *Commentario ad Pandectas. Vol. VI. pag.* 63. *not.* 27. colligi potest.

Caput IV.

De difficultatibus probationis dominii tum in rei vindicatione, tum in aliis actionibus in foro hodierno tollendis.

§. 1.

Hactenus diversas ICtorum de dominio probando sententias consideravimus, vulgarem, quae inde a Glossatoribus in foro Germanico recepta est, ab adversariorum exprobrationibus defendere studuimus atque disseruimus de persona adversarii, adversus quem dominii probatio ex legum nostrarum auctoritate suscipienda est.

Quibus illud mihi videor effecisse, ut tanta probationis diabolicae non amplius videatur iniquitas, ut eam mittere et sententiis *Ill.* Thibaut et *Cl.* Henschel postponere cogamur. Sed difficultas probationis dominii ex vulgari sententia perficiendae semper ab adversariis objicietur. Quamobrem necesse est, ut de hacce difficultate sermocinemur, et ostendamus, quanam in re potissimum cernatur, et demonstremus, eam partim ex legum auctoritate cessare, partim certa ratione tolli posse tum in rei vindicatione, quum in aliis actionibus, quibus institutis dominium probari debet.

§. 2.

Difficultas probationis dominii in eo consistit, ut petitor non solum titulum et modum, quo ipse dominium acquisiverit, verum etiam auctorum dominium probare cogatur. Atque ad eam probationem non sufficit, titulum et modum, quo auctor proximus rem sibi comparaverit, ab eo monstrari; sed necesse est, ut per totam seriem auctorum ad eum usque adscendat, qui primus legitimo modo, veluti occupatione vel accessione rem acquisiverit. In eo requiescit probatio, quia amplius asscendere ad remotiorem auctorem petitor non potest. Jam vero fieri non potest, quin haec probatio difficillima et tum, quum res per multorum auctorum manus deinceps ad eum, qui nunc eam vindicat, pervenerit, plane non perficienda esse videatur. Atqui ejusmodi probationi vix unquam in foro locus erit, quia varia sunt juris instituta, quibus petitor necessitate liberatur, ad remotissimum auctorem adscendendi ejusque dominium probandi.

§. 3.

Ac primum quidem, qui a fisco emit, ex variis constitutionibus ab evictione securus est. Hoc enim erat privilegium hastae fiscalis, ut qui sub ea rem sibi comparasset, perpetuo jure dominii eam haberet, quia Im-

peratores fidem fisco habitam decipi non patiebantur. Cf. *Tit. Cod. de fide et jure hastae fiscalis.* X. 3. Ne tamen prioribus dominis jus omne auferretur, constitutum quadriennium erat, intra quod fiscum convenire et probato dominio pretium rerum ab eo venditarum petere possent. Cf. *L.* 2. 3. *C. de quadriennii praescriptione.* VII. 37. Quibus quidem legibus nihil nisi exceptio ei, qui rem a fisco emerit, ad vindicationem prioris domini excludendam concessa esse videtur. Nihilosecius dubitari non potest, quin etiam actione ejusmodi emtor dominium persequi possit. A quo si res vindicetur, ad dominium probandum sufficiet, probari, rem a fisco ei esse venditam.

§. 4.

Deinde usucapio dominii probationem reddit faciliorem. Nam potest petitor possessionem auctorum justam suae adnumerare possessioni atque ita facile implere praescriptionem. Et si ipse praescriptionis tempus nondum implevit possidendo, ad auctores quidem adscendere debet, nec vero amplius, quam ut probet, rem in auctorum manibus per tempus legitimum fuisse et ab iis jam esse usucaptam. Vides ergo per usucapionem probationem dominii auctoris plerumque reddi supervacaneam. Nam si ipse petitor per tempus legitimum nondum possedit, certe priores possessores, a quibus rem accepit, deinceps praescriptionem jam impleverunt. Unde necesse non est, ut petitor ad primum rei dominum redeat, sed satis faciet omnibus, quae ab eo postulari poterunt, si antecessores per tres vel viginti vel decem annos probaverit possedisse. Neque haec probatio adeo difficilis est. Nam si ostenderit, antecessores rem ex justa causa traditam accepisse, satis probavit. Nunc enim tam bona fides antecessorum, quam continuatio possessionis quieta tamdiu praesumitur, donec reus aut malam fidem auctorum petitoris aut interruptionem possessionis eorum docuerit. Ac

malam fidem auctorum ostendere reus non facile poterit. Aut enim probare debebit reus suum dominium et docere, auctorem petitoris illud non ignorantem rem in petitorem transtulisse, aut si illud non possit, hoc certe ostendet, alterius fuisse dominium, quod quum auctor petitoris non habuerit, nec potuerit in petitorem transferre. Quae probatio adversarii quum sit difficillima, petitor securus esse potest, qui ad dominium fundandum provocavit ad usucapionem et auctorum possessionem sibi adnumeravit. Ideo videtur difficultas probationis diabolicae in libris tantum, nec vero in foro reapse inveniri, quippe quae usucapione plerumque tollatur.

§. 5.

Tum ubi lege alienatio rei cujusdam aut plane prohibita aut, nisi certae solennitates observatae sint, permissa non est, probatione dominii plena opus non est, si dominus rem contra leges alienatam vindicat. Sufficit ab eo probari modum, quo ipse rem acquisiverit et alienationem illegitime factam. Quod de pupillis rem suam a tutoribus sine solennitatibus legitimis alienatam vindicantibus perspicue legibus constituitur. Nam non solum earum rerum, quarum dominium pupillus revera habet, verum etiam rerum bona fide ab eo possessarum alienatione tutoribus interdictum est. Id patet ex iis, quae Ulpianus in *L.* 5. §. 2. *D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt.* XXVII. 9. scribit: „*Si pupillus alienum fundum bona fide emtum possideat, dicendum puto, nec hunc alienare tutores posse: ea enim, qua quasi pupillaris vero distractus est, venditio valet.*" Sic ergo a pupillo primo loco probandus est titulus acquisitionis: sive enim verus dominus fuerit, quia dominus in eum dominium transtulit, sive tantum bonae fidei possessor, alienatio decreto magistratus non intercedente facta non valet. Deinde probare debet illegitimam fuisse alienationem. Quod ex his legibus intelligitur:

1. *L.* 5. §. 15. *D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt.* XXVII. 9. ULPIANUS Libro 35. ad Edictum.

Manet actio pupillo, si postea poterit probari, obreptum esse Praetori. Sed videndum est, utrum in rem, an in personam dabimus actionem? Et magis est, ut in rem detur, non tantum in personam adversus tutores sive curatores.

2. *L.* 5. *C. de praediis et aliis rebus minorum.* V. 71. ubi Imperatores VALERIANUS et GALLIENUS haec SERENO rescripserunt:

Etsi Praeses Provinciae decreverit alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum praedium, tamen actionem pupillo, si falsis allegationibus circumventam religionem ejus probare possit, Senatus reservavit, quam exercere tu quoque non vetaberis.

3. *L.* 2. *C. si quis ignorans rem minoris esse.* V. 73. Imperator GORDIANUS ad preces CRISPINAE haec rescripsit:

Si contra amplissimi ordinis decretum possessiones tuae distractae sunt, conveni earum possessorem, ut, si ita probaveris gestum, et possessio retrahatur et fructus universi revocentur; si non bona fide emtorem fuisse, qui emit, constiterit.

Neque his legibus objici potest *L.* 13. §. 2. *D. de Publiciana in rem actione.* VI. 2., ubi GAJUS Libro 7. ad Edictum Provinciale scribit: *Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore, lege non prohibente, se emisse.* Haec enim lex non de onere probandi possessoris, a quo pupillus rem suam illegitimo modo alienatam vindicat, intelligenda est, sed de actione in rem Publiciana, quam emtor rei pupillaris instituit.

§. 6.

Quae de rebus a pupillis vindicandis diximus, eadem de fundo dotali a marito vel consentiente uxore vel non consentiente alienato statuenda esse videntur. Sive enim suum fundum, sive alienum bona fide marito uxor dotis loco intulerit, contra eum, qui fundum a marito sibi comparavit, nihil aliud, quum eum vindicet, probabit, quam fundum fuisse dotalem. Illud enim non quaeritur, utrum fundus mulieris proprius fuerit, an ab ea bona fide possessus; sed utrum dotalis sit, necne. Nam, qui a marito fundum dotalem emit traditumque accepit, eum retinere nullo pacto potest, quia maritus jus alienandi non habuit. De rebus ad peculium adventitium filiorumfamilias pertinentibus idem dicendum est. Quas a patre alienatas si filiifamilias vindicant, praeter modum, quo res ad ipsos pervenerint, nihil videtur esse probandum. Unde, ut verbis Constantini utar in *L. 1. C. de bonis maternis.* VI. 60. „*docere pater* „*debet, proprii juris eam rem esse, quam donat aut di*„*strahit, et emtori, si velit, fidejussorem licebit accipere:* „*quia nullam poterit praescriptionem opponere filiis quan*„*docunque rem suam vindicantibus.*" Quod cum ita in rebus, quarum alienatio lege prohibita est, sese habere videatur, nihil causae est, cur in rebus iis vindicandis aliud quid statuatur, quae quominus alienarentur, testator testamento prohibuit. Imperator enim Justinianus in *L. 7. C. de rebus alienis non alienandis.* VII. 51. etiam earum rerum alienationem invalidam esse jussit. Quapropter si ille, cujus in commodum alienatio prohibita est, rem vindicat alienatam, titulum, quo testator rem acquisiverit, et alienationem ab eo esse vetitam, monstrare debebit. Quibus omnibus casibus possessor, si rem velit retinere, causam possidendi edicere et, ut in lite victor sit, probare debet, se non eum, cui alienatione interdictum sit, ejusque successores, sed alium agnoscere suae possessionis auctorem.

§. 7.

Praeterea, qui in conditione ejusmodi versantur, ut rerum suarum non habeant administrationem, quae vel ex lege vel ex munere publico ad alium pertinet, libera administratione recuperata res suas vindicantes praeter modum, quo res ad administratores pervenerint, nihil debebunt probare. Neque enim heredes administratoris mortui, neque creditores ejusdem concursu exorto, justam habent eas res retinendi causam, neque exigere possunt plenam dominii probationem. Sic ab uxore res dotales ab heredibus vel creditoribus mariti vindicante probanda est illatio; sic a filiisfamilias res adventitias petentibus ab heredibus vel creditoribus patris ostendi oportet, res ad peculium adventitium pertinere. Quod facillime fieri potest, si monstraverint, quo titulo res ad ipsos pervenerit. Idem de pupillis aliisque dicendum est, qui sub cura sunt, si ab heredibus vel creditoribus tutoris vel curatoris res suas vindicant. Sic verbi causa haec probatio inventario hereditatis paternae producto facile absolvetur.

§. 8.

Interdum petitor praesumtione dominii a probatione prorsus liberatur. Cujus rei exemplum cernitur in praesumtione Muciana. Omnia enim, quae uxor possidet, e bonis mariti profecta esse, tamdiu existimatur, donec uxor, unde res pervenerit ad ipsam, ostenderit. *L.* 51. *D. de donationibus inter virum et uxorem.* XXIV. 1. *L.* 6. *C. eod.* V. 16. Itaque si maritus rem, quam suam esse dicit, ab uxore vindicat, probare dominium plane non debet, sed pro domino habetur, donec uxor titulum acquisitionis probaverit. Eadem de creditoribus et heredibus mariti valent.

§. 9.

Porro, qui dominium revocabile, ut hoc verbo utar, in alterum transtulit, revocatione facta eam rem

vindicare potest. Sic qui rem sub conditione resolutiva alienavit, ab eo, cui eam tradidit, ejusque successoribus rem vindicans non dominium probabit, sed conditionem resolutivam extitisse. Omnino, ubicunque reditui dominii legali locus est, probatio dominii a parte prioris domini, ad quem redit dominium, cessare videtur. Idem dicendum est de venditore, qui rem venditam et jam traditam pretio nondum soluto vindicat, sive id fecerit contra ipsum emtorem, sive contra ejus creditores. Non aliter res sese tum habet, quum alicui facultas negotii, quo rem in alterum transtulit, revocandi aut lege conceditur, aut ab eo reservata est. Ita qui revocat donationem mortis causa aut conjugi factam aut sub modo alicui collatam, et rem donatam vindicat, ad dominium probandum cogi nullo pacto potest, ne ab ejus quidem, qui rem accepit, successoribus.

§. 10.

Denique in actione in rem utili, quae interdum certis personis ad res eas vindicandas conceditur, quas alii pecunia actorum sibi comparaverunt, dominii probatio facillima est. Ad quam sufficit, ostendi, pecuniam fuisse actoris, eaque alterum rem sibi comparasse. Ejusmodi privilegium conceditur pupillis, quorum pecunia tutores, militibus, quorum pecunia castrensi alii, conjugi, cujus pecunia sibi donata alter conjux res sibi comparaverunt. Cf. *L.* 2. *D. quando ex facto tutoris.* XXVI. 9. *L.* 8. *C. de rei vindicatione.* III. 32. *L.* 55. *D. de donationibus inter virum et uxorem.* XXIV. 1. Utrum etiam mulieribus in rebus a marito pecunia dotali comparatis idem jus competat, an non, hujus loci non est, ut pluribus inquiramus. Nam in *L.* 54. *D. de jure dotium.* XXIII. 3. et *L.* 12. *C. eod.* V. 12., conciliandis tanti viri jam elaboraverunt, ut ingenue fatear, me, quod ad eandem rem expediendam afferre possim, nihil habere.

§. 11.

Sic de difficultatibus probationis dominii legum auctoritate interdum cessantibus satis dictum est. Ad eas minuendas afferre illud quoque potest, si, qui rem sibi comparat, ante quam negotium perficiatur, dominii probationem ab auctore exigat. Quis enim est, qui cogat homines ad emendam rem vel alio titulo sibi comparandam? Necessitas enim venditionis celebrandae a parte quidem venditoris, nec vero emtoris unquam cogitari potest. Quod cum ita sit, nonne imputari emtoribus ejusmodi debet negligentia, qui ante, quam emant, de dominio venditoris certiores ut reddantur, non curant? Jam jure Romano cavendum esse dicitur, ne quis ab homine ignoto emat; quia, qui ejusmodi emtionem celebrat, alienam viro bono suspicionem effugere non possit. *L.* 5. *C. de furtis.* VI. 2. Extat peculiaris Constantini Magni constitutio, qua venditoribus necessitas proprietatem ostendendi in gratiam emtorum imponitur. Est *L.* 2. *C. de contrahenda emtione.* III. 1. anno 337. p. Ch. n. data, quae haec verba continet:

Qui comparat, censum rei comparatae agnoscat, neque liceat alicui, rem sine censu vel comparare vel vendere. Inspectio autem publica vel fiscalis esse debebit, ut si aliquid sine censu vendiderit (leg. *aliquis* aut *venierit*) *et id ab alio deferetur, venditor quidem possessionem, comparator vero id, quod dedit, pretium, fisco vindicante perdat. Id etiam placuit, neminem ad venditionem rei cujuslibet accedere, nisi eo tempore, quo inter venditorem et emtorem contractus solenniter explicatur, ut certa et vera proprietas a vicinis demonstretur. Usque eo legis istius cautione decurrente, ut etiam, si subsellia vel, ut vulgo ajunt, scamna vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur. Nec inter emtorem et venditorem solemnia in exquisitis cuniculis celebrentur, sed fraudulenta venditio penitus depereat.*

Quam constitutionem si cum alia ejusdem Imperatoris, quae anno 313, promulgata et in Fragmentis Vaticanis servata nobis est, comparaveris, illud confiteberis Constantini in utraque lege ferenda fuisse consilium, ut cujuslibet rei emtorem securum ab evictione redderet. Atque eam ob causam vendi rem alienam noluit imposuitque venditori ostendendae proprietatis necessitatem. Quae quidem necessitas ad confirmandam vulgarem de dominio probando sententiam multum videtur afferre. Nam si emtor, uti et *Ill.* Thibaut et *Cl.* Henschel arbitrantur, in rei vindicatione praeter emtionem ac vacuae possessionis traditionem nihil probare tenetur, nihil est, cur venditor ante, quam vendat, ad dominium probandum compellatur, quum de ejus jure in rei vindicatione ab emtore instituta non quaeratur. At vero, quum dominium auctoris in rei vindicatione probari deberet, ad eam probationem sublevandam ab Imperatore nihil melius et utilius constitui poterat, quam haec ipsa venditori dominii ostendendi imposita necessitas. Neutra tamen ejusdem constitutio in Codicem Justinianeum translata est. Unde rem alienam etiamnunc vendere licet cuilibet. Quam ob rem in arbitrio est emtoris, utrum probationem dominii a venditore exigere velit, an ea non exacta rem sibi comparare.

§. 12.

Quid vero est, cur de difficultatibus probationis dominii queramur, quum in promtu sit et sufficere plerumque videatur actio in rem Publiciana, qua instituta omnes eae difficultates cessant? Quae quidem actio non solum bonae fidei possessori competit, verum etiam domino. Licet enim ab initio in bonae fidei possessoris tantum gratiam introducta fuerit, tamen sensim sensimque domino etiam concessa est. Sic res jam apud Romanos sese habebat, ita ut domino rei vindicatione frustra instituta ad Publicianam confugere liceret. Quod

ex iis intelligitur, quae JULIANUS Libro 57. Digestorum in *L.* 39. §. 1. *D. de evictionibus et duplae stipulatione.* XXI. 2. scribit:

Si servus tuus emerit hominem et eundem vendiderit Titio ejusque nomine duplam promiserit et tu a venditore servi stipulatus fueris: si Titius servum petierit et ideo victus sit, quod servus tuus in tradendo sine voluntate tua proprietatem hominis transferre non potuisset, supererit Publiciana actio et propter hoc duplae stipulatio ei non committetur.

Atque ex usu fori Germanici, quis est, qui dubitet, domino Publiciana actione uti licere? Quin etiam non injuria contendere mihi videor, actionem Publicianam plerisque casibus sufficere et rei vindicationem non esse necessariam. Fac enim dominum ea actione usum titulum ac modum acquirendi dominii probasse, reumque idem ostendisse. Tum dubium vix est, quin actor superior reo sit, si auctorem ejus malae fidei possessorem fuisse probaverit. Nam quum, qui a malae fidei possessore rem acceperit traditam, usucapere non possit, et infirmiori jure possideat, quam actor, quo ignorante vel invito res a malae fidei possessore vendita est, ne bona quidem fides possessori ad absolutionem impetrandam prodesse potest. Quid vero, si ipse reus opposuerit exceptionem, actorem causam habere a non domino callido consilio vendente? Haec exceptio utilis reo esse non potest, quum sit de jure tertii depromta. Nam quae ULPIANUS Libro 16. ad Edictum in *L.* 9. §. 4. *D. de Publiciana in rem actione.* VI. 2. scribit: „*Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus,* „*videamus, quis magis Publiciana uti possit: utrum is,* „*cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Et* „*Julianus Libro 7. Digestorum scripsit, ut, si quidem* „*ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res* „*tradita est: quod si a diversis non dominis, melior causa* „*sit possidentis, quam petentis. Quae sententia vera est.*“

ad eum casum spectant, quum utraque pars probat, auctorem alterius partis mala fide rem tertii vendidisse, nec vero de eo casu intelligenda sunt, quo actor probat, rem a se bona fide possessam ab alio mala fide in reum esse translatam, et reus excepit, actorem ipsum a malae fidei possessore causam accepisse possidendi. Eo enim casu reus ratione actoris habita vitiosam habet possessionem, quia rem mala fide alienatam tanquam furtivam possidet; actoris autem possessio, licet a malae fidei possessore derivata, ratione adversarii habita non est vitiosa; ergo actor, quia meliori jure possedit, vincere debet.

§. 13.

Sed quia fieri potest, sicuti jam antea, cum de sententia a *Cl.* Henschel proposita dissereremus, pluribus demonstrare studuimus, ut auctor possessoris bona fide vendiderit, ideoque mala ejus fides a petitore Publiciana actione instituta probari non possit, reus ergo absolvendus sit; ab actore ea actione frustra instituta ad rei vindicationem confugiendum est, ut vel auctorum dominio vel usucapione probata victoriam reportare queat. Vides igitur rei vindicationem a domino tum demum esse instituendam, quum actione Publiciana reum vincere non possit; unde patet probationem dominii auctoris, nisi statim rei vindicatione actor fuerit expertus, non esse necessariam, sed in subsidium tantum perficiendam. Quam ob rem causarum patronus clienti consulturus primo loco Publiciana actione utetur, et si animadverterit, se illa inferiorem esse discessurum, salutem in rei vindicatione quaeret. Jam vero quum in libello actionis, qualis apud nos judici offerri solet, nomen actionis non contineatur, facile fieri potest, ut causarum patronus errore lapsus ejusmodi libellum scribat, quem judex rei vindicationem putet continere, etiamsi ex consilio advocati Publicianam tantum actionem complectatur. Sic in libello actor dicere potest,

rem esse suam, se rei esse dominum; nec vero de difficultate probationis dominii auctoris cogitat. Ex ejusmodi libello si judex concluserit, actorem, qui nihil aliud in mente habuit, quam rem a sese justo titulo esse acquisitam, rei vindicationem instituisse et plenum rei dominium sibi asseruisse, non recte egisse videtur. Atque si eo acerbitatis ac severitatis judex processerit, ut hac conclusione nixus actori difficillimam dominii auctoris probationem imposuerit, etiamsi reus commodis possessionis fisus titulum possessionis edixerit nullum, nimiam juri stricto prae aequitate praerogativam videtur concessisse. Atque in eo in primis, ut aperte dicam, quod sentio, judices vapularunt et etiamnunc vapulant, quod non reputantes, actiones in libellis hodie non nominari, juris stricti majorem, quam salutis et commodi partium habent rationem. Ita actori, qui rem dixit esse suam, si reus illud negat, diabolicam imponunt probationem, et si illam non perfecerit, id tamen probaverit, se meliori jure, quam reum, possedisse, nihilominus reum absolvunt illudque efficiunt, ut actor immensis litis sumtibus oneretur, quibus parcere potuisset, si judex rigori juris nimium non indulsisset. Si nusquam verum est, quod in proverbio est: *fiat Justitia, pereat Mundus:* tamen specie proposita esse verum, facile quisque aequitatis studiosus nobis concesserit. Dixerit quispiam, actori rei vindicatione frustra instituta Publiciana actione uti licere itaque ea ratione, si quae fuerit antea iniquitas, eam nunc plane tolli. Ego vero concedo, posse actorem, postquam nimia judicis severitate in rei vindicatione inferior discesserit, experiri Publiciana actione eaque efficere adversarii priore lite absoluti condemnationem. Quid vero fit de sumtibus prioris litis, quibus actor, quum reus absolveretur, onerabatur! Num eos Publiciana actione instituta actor, qui nunc victoriam reportat, a reo recuperabit? Minime gentium. Haec enim res ita sese non habet, sicuti in petitorio et possessorio. Namque

constat inter omnes, posse actorem, qui possessorio inferior fuerit, nunc petitorio uti et victoria eo reportata sumtus litis in possessorium frustra impensos a reo recuperare. Quod non probant neque probabunt unquam ICti, si rei vindicatione frustra usus actor postea Publiciana actione reum vicerit.

§. 14.

Quod cum ita sit, alia ratio eligenda est, qua difficultas probationis dominii tolli atque iniquitas adversus petitorem conspicua evitari possit. Causarum patroni, quibus clientum salus magis, quam honorarium magnum, cordi est, rei vindicationem et Publicianam actionem uno libello conjungere solent, idque indicare formula, se *ex dominio vel quasi dominio* experiri. Quod faciunt, auctoritatem Pontificum secuti. Nam jam in *cap. 3. de sententiis et re judicata in 6to* ejusmodi conjunctionis exemplum legitur, ibique verbis indicatur: *ex jure dominii vel quasi.* Atque ea cumulatione utriusque actionis id assequuntur, ut probatio diabolica necessaria non sit, si reus dominium actoris neget, sed justum titulum ac traditionem probari sufficiat, ita ut si reus exceptionem dominii non objecerit, neque probaverit, se ipsum justo titulo possidere, actor omnimodo victor futurus sit. Sic evitant difficilem dominii probationem neque necesse habent, ut rei vindicatione frustra instituta nunc ad Publicianam in rem actionem confugiant, ideoque sumtibus litis parcunt, quia una lite duae simul finiuntur. Praeterea eadem utriusque actionis conjunctione reus ad titulum possessionis dicendum probandumque cogitur, quia metuere debet, ne, si nihil de eo dixerit, solo justo titulo ab actore probato condemnetur. Sic videmus omnes de iniquitate probationis diabolicae querelas prudentia causarum patroni tolli posse. Sed quia fieri potest, ut quis etiam imprudentem et incautam advocatum eligat, qui difficultates probationis dominii non caret et statim rem

vindicet neque Publicianam simul instituat, judicis prudentia actori succurrere debet. Nam sicubi actor in libello dixerit, rem suam esse, se rei esse dominum, judex ex juris quidem rigore rei vindicationem ab eo institutam esse arbitrabitur, sed ita libellum interpretabitur, quasi actor cum rei vindicatione Publicianam conjunxerit. Judicis ergo erit, utriusque actionis conjunctionem libello praesumere, licet eo expressa non sit. Quod eo melius fieri potest, quo certius est, majori minus semper contineri. Et quis est, quin rei vindicatione, majori et pleniori actione; Publicianam contineri arbitretur? Neque ejusmodi cumulatio a judice praesumenda potestatem judicis egreditur. Nam si in *L.* 43. §. 6. *D. de aedilitio edicto.* XXI. 1. et *L.* 25. §. 1. *D. de exceptione rei judicatae.* XLIV. 2. ad judicis officium dicitur pertinere, ut, etsi emtor actione quanti minoris usus fuerit, tamen venditorem ad rem recipiendam et pretium reddendum condemnet, si vitium, quo res laborat, tale sit, quo cognito emtor rem emturus non fuerit: his ergo legibus potestas datur judici reum in plus condemnandi, quam quod actor petiit, et petitum libelli mutandi: equidem profecto nihil causae esse video, cur ad officium judicis pertinere negetur, ut rei vindicatione instituta nec vero dominio auctorum probato reum condemnet, si animadverterit, meliori jure petitorem uti, quam adversarium.

§. 15.

Sic, ut opinor, satis probatum est, acerbitatem judicum, qui rei vindicatione mota nec dominio plene probato possessorem absolvunt, non solum contemnendam, verum etiam officio judicis contrariam esse. Igitur judex non solum potest, sed adeo debet libellum actoris ita semper interpretari, quasi in eo rei vindicatio ac Publiciana in rem actio sint conjunctae. Unde dominio ab actore non plene probato, si tamen ex probatione ab eo suscepta patet, eum justo titulo rem acquisivisse, non absolvet reum, sed

condemnabit, modo reus jure eodem rem sese habere, quod actor in ea ostendit, non probaverit. Sin autem reus eodem jure sese possidere monstravit, judex quidem absolvere eum debet ex vulgari sententia: melius autem, ut opinor, fecerit, si reum non absolverit, sed ad novam litem evitandam novum probationis tempus actori indulserit et probationem ab eo subeundam definiverit, qua perfecta reum vincere possit. Sic, ut exemplo utar, si actor et reus uterque justum titulum probavit, nec vero actor malam fidem auctoris, a quo adversarius jus suum derivat, ostendere potuit, judex reum non absolvet; sed actori probationem dominii auctoris vel usucapionis perfectae imponet. Illud tamen a judice fieri posse, nec vero fieri debere cuilibet lubenter assentior, neque officii judicis, sed consilii esse dico. Quod cum ita sit, vides hac ratione difficultatem probationis dominii bene tolli posse. Nam primo loco, si rei vindicatione instituta Publiciana actio cum ea conjuncta esse praesumitur, sola dominii negatio a reo facta ad probationem diabolicam actori imponendam non sufficit, quia, si reus nullum possessionis titulum probavit, actor autem justum titulum ostendit, reus nihilosecius vincitur. Deinde eadem ipsa conjunctione praesumta reus ad titulum possessionis dicendum probandumque cogitur, quia vereri debet, ne, si illud non fecerit, solo justo titulo ab actore probato condemnetur. Denique eadem ratione una lite duae finiuntur, quae, si conjunctio illa non praesumeretur, sine dubitatione orirentur, quum actor rei vindicatione frustra instituta Publiciana actione adhuc usurus esset.

§. 16.

Quibus praemissis nunc necessse est, ut investigemus, quam varia esse possit ab utraque parte probatio, et quam vim diversitas illa probationis ad victoriam aut ab actore aut a reo reportandam habitura sit. Varii probationis casus hi esse possunt:

I. Si actor dominium auctoris probare vult, fieri hoc non potest, nisi ut redeat ad eum, qui primus rem sui ipsius facto acquisiverit, et jus suum in ea ex alterius translatione non repetierit. Unum ergo ex auctoribus rem vel occupatione vel accessione acquisivisse atque ab eo inde per successores justo titulo rem tandem ad se translatam esse ostendet. Quod si invenire non possit illum inter auctores, qui sui ipsius facto dominio potitus est, rem per tantum temporis spatium in auctorum manibus fuisse monstrabit, ut legitimum praescriptionis spatium jam tunc sit praeterlapsum, quum ipse rem justo titulo acceperit. Adversus eam petitoris probationem reus probare studebit, inter auctores actoris fuisse, qui se ignorante vel invito rem mala fide vendidisset, ideoque ex mala fide auctoris petitori impedimentum objiciet et praescriptionem impleri posse negabit. Jam vero actor si contra probare possit, tum temporis, quum auctor suus rem vendidisset, adversarium illud non ignorasse, praescriptionem ab auctore impletam firmabit atque omnino victoriam reportabit. Quo casu sufficiet praescriptio ordinaria; alioquin si actor probare nequeat, adversarium scivisse venditionem mala fide factam, necessaria est praescriptio XXX. annorum. Nov. CXIX. cap. 7.

II. Si actor ipse praescriptione dicit sese rem acquisivisse et rem a se solo per tempus legitimum esse possessam, justum titulum ac traditionem probabit, nec vero continuam possessionem, quae initio possessionis probato praesumitur. A reo contra probandum est, aut actorem in mala fide fuisse, quum rem possidere inciperet, aut serius praescriptionem ullo modo esse interruptam, aut auctorem petitoris, quum rem ipsi venderet et traderet, fuisse malae fidei possessorem et reo ignorante vel invito vendidisse. Ac duobus quidem prioribus casibus actor vincitur, ultimo vin-

cere potest, si probat, reum venditionem ab auctore petitoris factam non ignorasse. Nov. CXIX. cap. 7.

III. Si actor probat justum titulum, reus provocat ad praescriptionem; idem quod antea priore casu ab actore, nunc a reo, et quod antea a reo contra actorem, id nunc ab actore adversus reum probandum est.

IV. Si actor probat justum titulum, reus eundem, qui alterius malam fidem probare potest, ergo rem a se possessam ab altero non ignorante, rem esse alienam, fuisse comparatam, is vincit.

V. Si uterque probat justum titulum, neuter vero malam alterius fidem, probatione ad auctores redeundum est. Ergo si actor probat, auctorem alterius non ignorantem, rem esse actoris, eam reo vendidisse, neque reus emtione a fisco vel praescriptione defendere sese potest, reus condemnandus est.

VI. Absolvitur reus, si eandem probationem, quam priore casu actor, ipse contra actorem perfecerit.

VII. Uterque probat justum titulum, et uterque ostendit, auctorem alterius partis rem tertii mala fide vendidisse. Tum reus, quia in pari causa melior est conditio possidentis, absolvitur.

VIII. Actor probat justum titulum, eundem reus; actor praeterea ostendit, rem suam ab auctore adversarii mala fide fuisse venditam; reus contra, auctorem petitoris rem extranei, qui hujus litis particeps non est, etiam mala fide petitori vendidisse. Quo casu reus nihilominus condemnatur, quia ea probatio a jure extranei quippe depromta prodesse ipsi nihil potest.

IX. Si actor justum titulum probat, reus nihil, hic condemnatur.

X. Si uterque ab eodem auctore jus suum derivat, ille superior est, qui sibi priori rem traditam esse monstrare potest, si neutri res tradita est, potior est possessor. *L.* 9. §. 4. *D. de Publiciana in rem actione.* VI. 2. *L.* 15. *C. de rei vindicatione.* III. 32.

§. 17.

Haec de probatione dominii in rei vindicatione sufficiant. Jam vero praeter rei vindicationem in aliis etiam actionibus probari dominium debet. Atque in iis non plena dominii probatione opus esse vulgo etiam ab iis existimatur, qui diabolicam agnoscunt probationem; sufficere iis probatio bonae fidei possessionis videtur, quia, ut verbis eorum utar, de dominio non principaliter, sed incidenter tantum agitur. Sed *Ill.* THIBAUT contrariam fovet sententiam. Ait enim, si reapse dominium auctoris probari debeat, nihil interesse, utrum actio tota, an pro parte dominio fundata sit, quum utroque casu probatio dominii non perfecta eam habeat vim, ut actor discedat inferior. Quae quidem *Ill.* THIBAUT sententia quum vulgari e regione opposita sit, non inutile erit, inquirere, quibus actionibus institutis praeter rei vindicationem dominii probationi locus sit, et quomodo illa probatio perficienda sit.

§. 18.

Ac primum quidem in actione confessoria, si de juribus praediorum instituitur, et in negatoria, sive ea dominus servitutem realem, sive personalem impugnet, dominium debet probari. Quod his legibus confirmatur:

1. *L. 2. pr. D. si servitus vindicetur.* VIII. 5. ULPIANUS Libro 17. ad Edictum.

De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria: confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit; negatoria domino, qui negat. Haec autem in rem actio confessoria nulli alii, quam domino fundi, competit: servitutem enim vindicare nemo potest, quam is, qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi.

2. *L. 4. §. 7. D. eod.* ULPIANUS Libro 17. ad Edictum.

Competit autem de servitute actio domino aedificii, ne-

ganti servitutem se vicino debere, cujus aedes non in totum liberae sunt, sed ei, cum quo agitur, servitutem non debent.

3. *L.* 5. *pr. D. si ususfructus petetur.* VII. 6. Ulpianus Libro 17. ad Edictum.

Uti frui jus sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum: dominus autem fundi non potest: quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire. De suo enim, non de alieno jure, quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videtur, quam alieno: cum, invito se, negat jus esse utendi fructuario vel sibi jus esse prohibendi. Quod si forte, qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant.

Ergo qui actione confessoria propter servitutem utitur, quam fundo dicit deberi, primum ante, quam servitutem probet, monstrare debet, fundum esse suum. Ad quam probationem ex jure stricto pertinebit, ut auctorum dominium ostendatur. Sed sicuti dominus loco rei vindicationis Publiciana uti eaque victoriam reportare potest, sola bonae fidei possessione probata, ita etiam nihil causae est, cur actione confessoria instituta non sufficiat bonae fidei possessio a parte actoris. In actione negatoria dominii probatio multo magis necessaria est. Ea enim actione praeter dominum uti nemo potest, quia hujus tantum interest, fundum a servitute esse liberum, quum fundi pretium quavis servitute minuatur. Praeterea constat inter omnes, actionem negatoriam nihil aliud esse, quam rei vindicationem, qua non tam possessionem rei sibi restitui, quam alios ab ejusdem rei usu actor vult arcere. Itaque quum jus alios ab ejusdem

rei usu excludendi sit pars dominii, petitor, qui actione negatoria id intendit, dominium probet, necesse est, quum dominio non probato praesumi libertas fundi non possit. Sic ergo necessitati dominium auctorum probandi petitori imponendae nihil obstabit. Sed si aequitatis habes rationem, confiteri debes, prorsus esse iniquum, bonae fidei possessorem ab usu actionis negatoriae prohiberi. Nam si in quaestione de dominio ipso dominus rem vindicare non cogitur, sed Publicianam eligere potest eaque vincere possessorem, nulla in promtu erit ratio, quae impediat, quominus idem, si actione negatoria utatur, satis probasse videatur justo titulo acquisitionis monstrato. Quod enim tum justum est, cum de dominio solo tota lis est, id etiam admittendum est in lite, in qua quaestio proprietatis tantum accessoria est, et de servitute potissimum disceptatur. Igitur vulgaris sententiae defensores, qui in actione negatoria ad fundandam libertatis fundi praesumtionem sufficere bonae fidei possessionem a parte petitoris arbitrantur, mea quidem sententia recte judicant.

§. 19.

Deinde in actione hypothecaria a creditore non contra debitorem, sed adversus alium pignoris possessorem probandum est debitoris dominium. Quam probationem tum tantummodo creditori ICti injungunt, quum actione hypothecaria adversus possessorem pignoris utitur, qui ab alio auctore, non a debitore, causam possidendi accepit. Ei enim, qui a debitore rem accepit traditam, non injuria creditor objiceret, quo jure rem debitor alienasset, eodem ab eo rem potuisse oppignorari. Accedit, quod contra ejusmodi possessorem probatione dominii debitoris propterea opus non est, quia res ante, quam a debitore alienaretur, jam erat oppignorata; ergo jus pignoris rei inhaerens ad eum transit, ad quem debitor rem ipsam transfert. Utrum, si ad probandum debitoris dominium creditor adigitur, plena

dominii probatione opus sit ut ea constare possit, valde dubitatur. Ex legibus certe non perspicue materia ejus probationis intelligi potest. Quoties enim in Corpore Juris ea de probatione sermo est, toties significatur verbis, probare debere creditorem, rem tum, quum de pignore convenisset, in bonis fuisse debitoris. Qua de re hae leges conferendae sunt:

1. *L.* 3. *pr. D. de pignoribus et hypothecis.* XX. 1. Papinianus Libro 20. Quaestionum.

Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suam non probat, aeque servanda erit creditori actio Serviana, probanti, res in bonis eo tempore, quo pignus contrahebatur, illius fuisse.

2. *L.* 15. §. 1. *D. eod.* Gajus Libro singulari de formula hypothecaria.

Quod dicitur, creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae quotidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea acquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae.

3. *L.* 23. pr. *D. de probationibus.* XXII. 3. Marcianus Libro singulari ad formulam hypothecariam.

Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve sit: sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore, aut cujus voluntate hypotheca data sit.

Quod creditori injungitur, ut probet, rem tum, quum oppignoraretur, in bonis debitoris fuisse, ad nostram usque aetatem fere omnes de dominii probatione intel-

dixerunt. Glossatores adeo istis legibus dominii auctoris probationem confirmare voluerunt. Illud tamen non admittendum est. Debitor enim jus pignoris quidem creditori, nec vero dominium concessit: igitur, si creditor debitoris dominium probat, hoc non perinde est, ac si emtor rem vindicans venditoris proprietatem ostendere cogitur. Quam ob rem *Ill.* THIBAUT a creditore modum tantum, quo debitor dominium acquisiverit, probari debere existimat, tum quia sufficere hoc videatur, quum creditor procurator debitoris sit, tum quia verba *in bonis esse* de pleno dominio non sint intelligenda. At vero ex jure stricto non sufficere, si creditor justum titulum, quo debitor rem acquisiverit, ostenderit, ex *L.* 18. *D. de pignoribus.* XX. 1. colligitur, ubi PAULUS Libro 10. ad Edictum, *Si ab eo,* inquit, *qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam.* Ex jure civili ergo necesse est, ut debitor dominus rei sit, et dominium ejus a creditore actione hypothecaria instituta probari possit. Praetor autem aequitate motus, si dominium debitoris a creditore probari non possit, et illud tantum a creditore ostendatur, debitorem bonae fidei fuisse possessorem, creditorem tuetur et condemnat adversarium ad pignus ei restituendum, quemadmodum debitorem ipsum defenderet actione Publiciana expertum. Etiam Basilicorum Compilatores ac Scholiastae plenam dominii probationem a creditore exegerunt. Sic in *Basil. Lib. XXV. Tit. II. cap.* 3. *Tom. IV. pag.* 32. antea laudata *L.* 3. *pr. D.* XX. 1. ita versa est: *Εἰ καὶ ἡττηθῇ κινήσας τὴν ἐπὶ τῷ πράγματι ἀγωγὴν ὁ χρεώστης, ὅμως σώζεται τῷ δανειστῇ ἡ περὶ τοῦ ἐνεχύρου ἀγωγὴ, δεικνύντι τὸ πρᾶγμα τοῦ χρεώστου εἶναι καθ᾽ ὃν ὑπέθετο χρόνον. Etsi debitor rem vindicans victus est, tamen creditori servatur actio hypothecaria probanti, rem debitoris fuisse eo tempore, quo oppignoraretur.* Et in *Schol. Tom. IV. pag.* 48. haec leguntur: *Εἰ δὲ γένηται*

ὑποθήκην εἶχεν ὁ δανειστὴς, οὐκ ἀνάγκη δεικνύειν αὐτὸν περὶ, ὅτι κατὰ τὸν καιρὸν, καθ' ὃν ὑπετέθη αὐτῷ, δεσπότης ἦν ὁ δεβίτωρ· τοῦτο γὰρ ὁ Γάϊος ἐν τῷ ιε. διγέστῳ παραδέδωκεν. *Sin autem generalem hypothecam creditor habebat, non necesse est, ut probet, eo tempore, quo oppignoraretur, dominum fuisse debitorem: hoc enim Gajus in L. 15. tradidit.* L. 23. D. XXII. 3. in *Basil. Libro XXII. Tit. I. cap.* 23. a Scholiasta *Tom. III. pag.* 39. sic explicatur: Ὁ κρεδίτωρ ὑποθήκην ἢ ἐνέχυρον εἰληφὼς παρὰ δεβίτωρος δύο ταῦτα ὀφείλει δεικνύειν, ὅτι τε πάκτον μεταξὺ αὐτοῦ καὶ δεβίτωρος γέγονε περὶ τῆς ὑποθήκης ἢ τοῦ ἐνεχύρου, καὶ ὅτι κατὰ τὸν τῆς ὑποθήκης καιρὸν δεσπότης ἦν ὁ δεβίτωρ τοῦ ὑποτεθέντος πράγματος ἢ ἐκεῖνος, οὗ κατὰ γνώμην δεβίτωρ τὸ πρᾶγμα ὑπέθετο. *Creditor, qui hypothecam aut pignus a debitore accepit, haec duo debet probare, et inter se et debitorem de hypotheca vel pignore convenisse, et tempore oppignorationis dominum fuisse aut debitorem rei oppignoratae aut illum, cujus voluntate debitor rem oppignorasset.* Accedit auctoritas Cyrilli, ICti Justiniani aetati proximi, qui, quid a creditore in actione hypothecaria probandum sit, brevissime in *Schol. Basil. Tom. III. pag.* 39. definit his verbis: Ὁ κινῶν Σερβιανὴν δεικνύτω, ὅτι ὑπετέθη αὐτῷ καὶ δεσπότης ὑπέθετο ἢ γνώμῃ τοῦ δεσπότου. *Qui actionem Servianam instituit, probato, oppignoratam esse sibi rem et a domino esse pignori datam aut voluntate domini.* Unde patet, in actione hypothecaria regulariter plenum debitoris in re pignori data dominium fuisse probandum. Ad quam sententiam confirmandam hoc non minimum affert, quod creditori, licet de proprietate rei jam litigaverit debitor, tamen adhuc hypothecaria actione pignus persequi licet, modo, quum debitor non probaverit dominium, creditor, debitorem fuisse dominum, ostendere queat. Ergo ex jure stricto probatio in actione hypothecaria a creditore subeunda eadem est, quam debitor, qui rem vindicat, suscipere debet. Alioquin enim creditor victoriam reportare non posset, nisi plenum de-

bitoris dominium probare vellet. Cf. *L.* 8. *pr. D. de pignoribus.* XX. 1. *L.* 63. *D. de re judicata.* XLII. 1. *L.* 11. §. 10. et *L.* 29. §. 1. *D. de exceptione rei judicatae.* XLIV. 2. Sed quum jam jure Romano, sicuti ex *L.* 18. *D. de pignoribus.* XX. 1. antea laudata intelligitur, Praetor, si debitor dominus non esset, sed bonae fidei possessor, creditorem ita, per actionem hypothecariam ex aequitate tueri soleret, uti debitorem ipsum per actionem Publicianam, plena dominii probatione in foro hodierno a parte creditoris opus non est, et recte statuere videntur Pragmatici, qui bonae fidei possessionis probationem sufficere jamdudum existimarunt. Igitur creditori actione hypothecaria instituta permittendum est, ut primo loco, si sufficere illud crediderit, adversus pignoris possessorem rem eo tempore, quo res oppignoraretur, a debitore bona fide possessam et justo titulo acquisitam fuisse probet: quo facto si possessor, se quoque justo titulo rem acquisivisse probando absolutionem impetraverit, a creditore dominium plenum debitoris probandum est. Melius tamen creditor fecerit, si statim ab initio probationem dominii debitoris susceperit, quia ad officium judicis pertinere videtur, ut possessorem condemnet, si ex probatione creditoris, licet ea dominium plenum monstratum non sit, tamen illud certum sit, debitorem meliori jure rem, quum ea oppignoraretur, possedisse, quam eum, qui nunc rem possidet.

§. 20.

Tum in condictione furtiva dominium rei furtivae ab actore probandum est. Eam enim actionem Ulpianus Libro 18. ad Sabinum in *L.* 1. *D. de condictione furtiva.* XIII. 1. praeter dominum competere dicit nemini. Quod ex eo quoque intelligitur, quod domino pluribus locis optio conceditur, utrum rei vindicatione an condictione furtiva velit experiri. Cf. *L.* 7. *D. de condictione furtiva.* XIII. 1. *L.* 14. *pr. D. de furtis.*

XLVII. 2. *L.* 12. 13. *C. de furtis.* VI. 2. *L.* 5. *C. de noxal. action.* III. 41. Neque existimandum est, sufficere, bonae fidei possessionem, ab actore probari, quia, ubicunque de condictione furtiva sermo est, ea tantum domino conceditur. Cf. praeter *L.* 1. *D.* XIII. 1. *L.* 16. *D. de furtis.* XLVII. 2. Huc etiam pertinet *L.* 35. §. 4. *D. de contrahenda emtione.* XVIII. 1. ubi Gajus scribit: venditorem propter rem venditam subreptam praestare debere emtori condictionem furtivam et rei vindicationem; et in id quod interest emtoris esse condemnandum, si eas actiones praestare non possit, quia alienam rem vendiderit. Sed in foro Germanico plenam dominii probationem ab actore vix puto desiderandam esse, quia poena furti privata plerumque in publicam immutata est, et inter actionem furti et condictionem furtivam praeter nomen hodie nihil videtur interesse. Igitur ad rem recuperandam sufficere arbitror, ab actore probari, se eam rem possedisse, eamque sibi furto esse ablatam.

§. 21.

Accedit actio ad exhibendum. Nam qui rem vindicaturus ante, quam rei vindicatione utatur, exhiberi sibi eam a possessore postulat, probare dominium debet. Cui non obstat, quod Ulpianus scribit in *L.* 3. §. 1. *D. ad exhibendum.* X. 4. „*Qui ad exhibendum agit, „non utique dominum se dicit, nec debet ostendere, quum „multae sint causae ad exhibendum agendi*“ et *L.* 3. §. 9. *D. eod.* „*Sciendum est, non solum eis, quos diximus, competere ad exhibendum actionem, verum ei „quoque, cujus interest exhiberi. Judex igitur summatim „debebit cognoscere, an ejus intersit, non an ejus res sit „et sic jubere vel exhiberi vel non, quia nihil interest.*“ et §. 11. ejusdem fragmenti: „*Eleganter definit Neratius, judicem hactenus cognoscere, an justam et probabilem causam habeat, propter quam exhiberi sibi desiderat.*“ Inde enim illud tantum sequitur, a judice,

qui de actione ad exhibendum cognoscit, actori probationem dominii non quovis casu esse imponendam, sed illud potius quaerendum, num intersit actoris, rem exhiberi. Sed si actor dominium rei sese habere dicit, eamque vindicare vult, dominium ab eo omnino probandum est. Quod ex eo intelligitur, quod rei vindicatio atque ad exhibendum actio saepissime conjunguntur, dominoque facultas datur eligendi, utra velit experiri, veluti *L.* 3. 8. *C. ad exhibendum.* III. 42. *L.* 2. *C. de noxalibus actionibus.* III. 41. Nec vero ea dominii probatio plena esse debet, sicuti in rei vindicatione, sed ita comparata ut judici persuadeatur, actoris interesse, rem exhiberi. Quamobrem sufficiet, si ab actore acquisitio rei justo titulo facta probetur. Ea de re dignissima est, quae conferatur *Ill.* Einerti elegantissima dissertatio *de actione ad exhibendum.* Lips. 1816. 8. Nam plena dominii probatio pertinet ad rei vindicationem postea instituendam, quae actione ad exhibendum praeparatur.

§. 22.

Non minus dominii probatio ei, qui rem suam ab adversario absente se usucaptam, Publiciana rescissoria actione recuperare studet, imponitur. Ea enim actio nihil est, nisi rei vindicatio jure stricto usucapione adversarii extincta, quae propter absentiam domini justam vel certe non vituperandam a Praetore restituitur. Qui eam ob causam restitutionem postulat, dominum rei se esse probare debet, uti Diocletianus et Maximianus in *L.* 2. *C. de uxoribus militum.* II. 52. rescribunt: *Ei, quae diutissime fuit cum marito, qui militiae operam dabat, non officit praescriptio longi temporis: sed quia hujusmodi diutinae absentiae commenta callide adhibita atque composita obesse omnino non debent: decernimus, ut, si talis mulier domum ad se pertinere monstraverit, quae in absentia ejus vendita est, refuso pretio, quod revera solutum est, eandem recipiat.* Atque ea probatio

non ad justum titulum tantum acquisitionis restringenda est; quia agitur de rescindenda usucapione, quae inutilis reddi nequit, nisi plenum dominium habuerit petitor, qui rem vindicat. Denique cui ex Edicto provinciali actio in factum conceditur, ut ab eo, qui rem alienando alium substituit dolo malo adversarium, id quod sua interest, alium se non habere adversarium, persequatur: ei si ante, quam ea res alienata esset, ab alienatore vindicare eam volebat, dominii probandi necessitas injungitur, quia, si dominus rei non fuit, nihil ejus interest, utrum hunc vel illum habeat adversarium. Scribit enim in *L.* 4. §. 5. *D. de alienatione judicii mutandi causa facta.* IV. 7. Ulpianus: „*Haec actio in id* „*quod interest*, *competit. Proinde*, *si res non fuit petitoris*, *aut si is*, *qui alienatus est*, *sine culpa decessit*, „*cessat judicium*, *nisi si quid actoris praeterea interfuit.*" Minores autem XXV. annis, licet interdum adversus extraneum rerum suarum possessorem in integrum restituantur, uti ex *L.* 13. §. 1. *D.* 14. 15. *D. de minoribus.* IV. 4. patet, probare dominium non debent, sed nihil nisi laesionem, veluti emtorem vel ejus heredes non esse solvendo.

SECTIO II.

DE PROBATIONE DOMINII EX JURE SAXONICO.

Caput I.

De probatione dominii in rei vindicatione.

§. 1.

In regno Saxonico diversis legibus effectum est, ut vulgarem de probando dominio sententiam retinere omnino debeamus, neque sententiam Henschelianam neque Thibautianam in foro recipere et agnoscere possimus. Cujus quidem rei haec sunt argumenta. Ad fundorum dominium in Saxonia acquirendum necessaria est investitura allodialis, *gerichtliche Lehnsreichung*, quam praecedere solet a parte auctoris, qui dominium in alium transferre vult, resignatio judicalis, *gerichtliche Lehnsauflassung*. Quod *decisione* 61. *de anno* 1661. a legislatore nostro constitutum est. Hac enim lege decisa est quaestio, de qua Georgius Frantzke *Variarum Resolutionum Lib. II. qu.* 12. et Carpzovius *Decis. Sax.* 127. et *Respons. Elect. Lib. I. resp.* 102. et *Lib. V. resp.* 40. *sq.* disputaverant, quorum hic traditionem in judicio faciendam ad acquirendum fundorum dominium necessariam esse putabat, ille vacuae possessionis extra judicium traditionem sufficere arbitrabatur. Ex eo tempore investitura allodialis ICtis adeo necessaria visa est, ut sine ea rei vindicationem concederent nullam. Re-

signatio autem judicialis tum praecedere debet, quum quis ab alio dominium suum titulo singulari in se translatum esse dicit. Unde cessat resignatio judicialis tum in successione hereditaria, tum in acquisitione dominii originaria, tum denique interdum legibus remissa est. Quod in subhastatione necessaria constitutum est *Lege Judiciaria nova ad Tit.* XXXIX. §. 18., ex qua adjudicatio fundi a judice facta resignationem judicialem reddit supervacaneam. Accessit *Decisio* 1. *de anno* 1746. Quae quidem lex licet investituram allodialem ad acquirendum rerum immobilium dominium necessariam confirmaverit, tamen ei quoque, qui per triginta annos cum uno, sex hebdomades et tres dies, possessione auctorum adnumerata fundum possederit, dominium tribuit. Igitur dominium fundorum aut investitura allodiali aut usucapione niti debet; neque praeter eum, qui alterutro modo dominium acquisivit, vindicare fundum quisquam potest.

§. 2.

Inde triplex jus in fundis in Saxonia discernendum est. Primo loco huc pertinet dominium *civile*, quod habet, qui fundum aut investitura allodiali aut usucapione acquisivit. Ab eo differt dominium *naturale* ejus, qui justam quidem habet dominii causam et ex ea possessionem nactus est, veluti fundum occupavit, a domino civili extra judicium traditum accepit, domino civili jure hereditario successit et fundo a judice nondum investitus est, aut eum nondum usucepit. *Bonae fidei possessio* denique jus ejus dicetur, qui ab eo, qui neque dominium civile, neque naturale habet, fundum justa causa praecedente traditum accepit. Itaque etiam usucapio duplici ratione utilis esse potest. Inservire enim potest dominio naturali in civile mutando, aut bonae fidei possessionem in dominium mutat. Primo casu, uti antiqua usucapio apud Romanos, dicetur *adjectio* dominii, secundo

adeptio dominii; hoc, quia bonae fidei possessor adipiscitur dominium, cujus ne partem quidem habuit; illud autem, quia dominio naturali civile, quod deerat, adjicitur. Ad dominium civile persequendum destinata est rei vindicatio; dominio naturali autem et bonae fidei possessioni defendendae inservit actio in rem Publiciana.

§. 3.

In Saxonia quum fundum vindicare nemo possit, nisi qui dominium civile in eo habeat, illud a petitore ante omnia probari patet oportere. Ergo aut probanda est investitura allodialis aut usucapio. Ad probandam investituram adhiberi documentum solet, quo judex rei sitae petitorem dominio fundi investitum esse testatur. (*Lehnsschein.*) Quo documento producto reus confestim condemnandus est. Ad excludendam domini civilis vindicationem prodesse tantum potest aut usucapio aut exceptio rei venditae et traditae. Nam qui per triginta annos cum uno, sex hebdomades et tres dies fundum ex justa causa bona fide continuo possedit, nunc ipse dominium civile acquisivit; ergo dominum civilem priorem excludit. Exceptione autem rei venditae et traditae uti ille in Saxonia potest, qui a domino civili fundum emit aut alia ex causa sibi comparavit, et extra judicium traditum accepit. Quamdiu enim auctor dominio in gratiam ejus coram judice rei sitae nondum abdicavit (*die Lehn noch nicht aufgelassen hat*) tamdiu pro domino adhuc habetur et vindicare rem potest. Sed uti Praetori apud Romanos injustum videbatur, ei, qui rem in bonis haberet, rem a domino ex jure Quiritium, penes quem nudum jus Quiritium remansisset, auferri vindicatione, ad quam excludendam exceptio rei venditae et traditae ab initio erat destinata, sic etiam in Saxonia domino civili, qui dominium naturale in alterum transtulit, obesse debet eadem exceptio. Neque vero haec exceptio utilitatem praebebit possessori, nisi pretium solutum aut fidem de eo habitam esse demon-

strare queat. Ex quibus intelligitur, probationem dominii fundorum in Saxonia faciliorem esse, quam jure communi; nec vero ita comparatam, ut materiam probationis jure Saxonico immutatam esse existimandum sit. Extat potius et etiamnunc in usu est probatio dominii auctoris, quia investituram allodialem nemo accipit, nisi qui a domino ipso civili causam habet possidendi.

§. 4.

Ad dominium fundorum naturale non minus, quam ad bonae fidei possessionem defendendam destinata est actio in rem Publiciana. Quam quidem actionem, necesse est, in foro propter fundos rarius adhiberi concedamus, quia judices propterea, quod ipsorum interest, expectare non solent, donec partibus placuerit petere investituram allodialem, sed praeceptis poenalibus eas cogunt ad investituram accipiendam. Nihilosecius fieri potest, ut propter fundum Publiciana in rem actio instituatur. In qua actione quum jura dominii naturalis et bonae fidei possessionis e regione possint esse opposita, non inutile erit, ut inquiramus, quam diversa probatio ab utraque parte esse queat. Casus probationis hi sunt:

I. Si actor dominium naturale probat, reus dominium civile, hic necessario absolvendus est. Sed si auctor petitoris est, qui in eum dominium naturale transtulit et dominio civili in gratiam ejus coram judice nondum abdicavit, replica rei venditae et traditae petitor victoriam reportabit, modo probet pretium a se esse solutum vel fidem de eo sibi habitam.

II. Si et actor et reus causam possidendi habent a domino investito, qui prius sibi rem traditam esse monstrare potest, superior discedet.

III. Si actor probat, sibi a domino investito rem esse extra judicium traditam, reus autem justum quidem

titulum et traditionem, nec vero auctoris dominium civile probat, condemnari reus debet.

IV. Uterque litigator probat dominium auctoris civile, actor praeterea, rem sibi prius esse extra judicium traditam, reus sese fundum usucepisse. Quo facto reus absolvitur.

V. Si actor dominium auctoris civile, neque vero reus id probat, sed ad usucapionem provocat eamque ostendit, quum rem justo titulo a non domino, qui neque civile, neque naturale dominium habuit, traditam bona fide per triginta annos cum uno, sex hebdomades et tres dies continuo possederit, reus absolvitur.

VI. Uterque habet eundem auctorem, cui dominium naturale tantum erat. Qui sibi rem prius traditam esse ostendit, victor lite est; si neuter id probat, reus absolvitur, quia possidet.

VII. Actor probat acquisitionem a domino civili, reus a domino naturali. Ibi actor vincit, nisi reus suum auctorem a domino civili rem prius acquisivisse ostenderit, quam petitorem.

VIII. Uterque auctorum dominium neque naturale, neque civile monstrat, sed titulum tantum ac modum, quo ipse rem acquisiverit. Quo casu pro possessore pronunciandum est, si neutrius mala fides probetur.

IX. Uterque justum titulum ac traditionem probat. Qui malam fidem alterius ostendit, vincit.

X. Si petitor justum titulum probat, reus malam ejus fidem, petitor vincitur.

XI. Si petitor et possessor justum titulum probant, ac praeterea alter ostendit, alterius auctorem fuisse malae fidei possessorem, qui hoc probavit, victor lite est.

XII. Si nihil ab utraque parte probatum est, reus absolvitur.

§. 5.

Qui praescriptione dominium fundi civile sese dicit acquisivisse, ex jure etiam Saxonico perinde atque ex jure communi justum titulum possessionis ac continuationem possessionis per tempus legitimum omnino debet probare. At in eo utrumque jus differt, quod ex jure Saxonico, si quis per triginta annos cum uno, sex hebdomades et tres dies rem possederit immobilem, id ad dominium acquirendum sufficere videtur, etsi auctor ejus, qui praescriptione sese tuetur, malae fidei possessor fuerit. Neque ulla ratio habetur, utrum dominus alienationem illam a malae fidei possessore factam cognoverit an ignoraverit. Praescriptio enim acquisitiva rerum immobilium in Saxonia triginta annis cum uno, sex hebdomadibus ac tribus diebus absolvitur eaque est ordinaria. Quae cum longior sit, quam praescriptio XXX annorum, quae jure communi extraordinaria est, *Constit.* 9. *P. II.* legislator noster constituit, ut ne contra praescriptionem fundorum ordinariam in integrum quis restituatur. Quod ita intelligendum est, ut nihil intersit, utrum dominus alienationis a malae fidei possessore factae habuerit notitiam an eam ignoraverit, ut ergo praescriptio fundi per tempus legitimum absoluta propter ignorantiam domini non rescindatur. Sic ergo, quae in Nov. CXIX. cap. 7. de usucapione rerum a malae fidei possessore alienatarum constituta sunt, in praescriptione certe rerum immobilium Saxonica cessant.

§. 6.

In vindicandis rebus immobilibus in Saxonia ex iis, quae antea diximus, acquiescendum esse in sententia vulgari de probando auctoris dominio manifestum est. Etsi enim apud nos dominium fundi facilius probari possit, quam id jure communi fieri solet, tamen probatio ipsa ejusque materia eadem est, quae est ex jure communi. Investiri enim dominio fundi in Saxonia nemo potest, nisi qui a domino investito causam habet possi-

dendi aut fundum usucepit. Unde confiteamur necesse est, neque sententiam Thibautianam neque Henschelianam in Saxonia recipi posse. Thibautiana enim propterea non videtur esse recipienda, quod legislator noster ab eo, qui rem immobilem vindicat, aut investituram allodialem, aut usucapionem probari vult. Qua constitutione praesumtio, quae ex *Ill.* Thibaut sententia pro dominio auctoris, probato a petitore justo titulo, pugnat, omnino excluditur. Sententiae autem Henschelianae in foro Saxonico adoptandae plura obstant, certe, si de probatione dominii fundorum loquimur. Agnovit enim legislator noster in *Decis.* 1. *de anno* 1746. discrimen inter rei vindicationem atque actionem in rem Publicianam, et diversam in utraque actione probationis materiam esse voluit. Unde conjectura *Cl.* Henschelii, qui a Justiniano utramque actionem in unam transformatam esse suspicatus est, in foro nostro ferri plane non potest. Praeterea usucapio in Saxonia revera est modus acquirendi dominii, non solum exceptio, qua qui per longum tempus rem justo titulo acquisitam bona fide possedit, adversus dominum vindicantem tueri sese possit.

§. 7.

Quum in rebus immobilibus vindicandis utraque sententia laudata agnosci non possit, dixerit quispiam, in probando certe rerum mobilium dominio alterutram esse eligendam. Id quod difficultatibus probationis dominii excusare studebit. Quia enim dominium rerum mobilium non tam facile probari potest, quam rerum immobilium per documentum, quo judex petitorem dominio investitum esse testatur, fieri non potest, quin pluribus vel Thibautiana vel Hencheliana sententia omnino probabilis esse videatur. Nam qui rem mobilem vindicat, quot et quantis, inquient, pugnare et conflictari debet in dominio auctoris probando difficultatibus? Quod lubenter assentior, probationem esse dif-

ficilem. Fac enim aliquem ab alienigena ad urbem commercio florentem profecto rem emisse, et venditorem negotiis perfectis celerrime in patriam esse reversum: quomodo iste, si rem emtam amissa possessione vindicet, probare poterit dominium auctoris, qui multis milliaribus a loco judicii abest et lite denunciata, ut veniat et petitorem in dominio probando adjuvet; ne cogi quidem potest?

§. 8.

Sed primo loco sententiae Thibautianae in Saxonia eadem obstant argumenta, quae ex jure communi ei adversantur. Ut silentio transeam, quae Sect. I. Cap. I. hujus libelli contra eam monita sunt et ad jus Saxenicum etiam accommodata esse videntur, alia sunt argumenta, quae prohibent, quominus ea in foro nostro recipiatur. Ac primum quidem, quum legislator noster in *Decis. 1. de anno* 1746. dominium rei immobilis aut investitura allodiali aut usucapione niti velit, quid causae est, cur de rebus mobilibus aliud quid statuamus? Necessitas certe petitori, qui fundum vindicat, dominium auctoris aut usucapionem probandi imposita, in vindicandis rebus mobilibus lege mutata nusquam est. Accedit, quod sententiae Thibautianae *Lex Judiciaria vetus. Tit. XXI.* §. 4. videtur adversari. Ea enim lex prohibet, quominus adversus contrarii probationem nova probatio concedatur, nisi reus exceptiones novas nunc demum ortas aut privilegiatas proposuerit. Sententiam autem Thibautianam si in foro Saxonico adoptaremus, prius petitor, qui rem vindicasset mobilem, justum titulum acquisitionis deberet probare; quo facto a possessore probandum esset, petitoris auctorem non fuisse dominum. Contra eam possessoris probationem ex aequitate novum probationis spatium concedendum esset, ut auctoris dominium ostendere posset. Atqui ea nova probatio ex legis antea laudatae auctoritate deneganda petitori in Saxonia est, quia probatio possessoris, qua

monstrat, auctorem petitoris non fuisse dominum, probatio exceptionis peremtoriae dici non potest. Huic ergo possessoris probationi ut petitor occurrat, intra spatium ipsi indultum probationem justi tituli ac dominii auctoris conjungere debebit. Jam vero quaero, quid, si hoc fecerit petitor, inter eam probationem atque illam, qua ex vulgari sententia statim ab initio probari dominium auctoris debet, interesse videatur? Nihil profecto. Utrum enim probationem justi tituli cum probatione dominii auctoris conjungam, ut reo occurram, qui meum auctorem non fuisse rei dominum probaturus sit, an statim ab initio nulla ratione habita ejus, quod a reo probetur, justum titulum ac dominium auctoris ostendam, sine ulla dubitatione perinde est. Objecerit quispiam, non necesse esse, ut in Saxonia, si sententia Thibautiana adoptaretur, petitor probationem justi tituli ac dominii auctoris intra idem fatale perficeret, imo novum spatium ei esse concedendum, intra quod, postquam reus probare studuerit, auctorem petitoris non fuisse dominum, probare dominium auctoris posset, quia in actione etiam negatoria actori contra probationem adversarii, qui, quum negaverit fundi libertatem, servitutem sibi competere ostendere deberet, nova probatio contrarii concedi soleret. At vero illud longe aliud quid est. Qui enim actione negatoria utitur, primo loco probare dominium debet, ut fundi praesumi possit libertas; quo facto reus, qui fundum liberum esse negavit, ergo sibi servitutem arrogavit, probare exceptionem servitutis cogitur, ut illa praesumtio libertatis tollatur. Contra eam rei probationem actori contrarii probatio omnino concedenda est, quia prior probatio est principalis atque ea, quam actor de dominio suscipit, nihil nisi legitimatio ad causam activa. Nam reus, qui in actione negatoria servitutem probat, revera suum jus probat et exceptionem persequitur. Adversus eam servitutis probationem actori contrarii probationem non concedi, injustum atque adeo contra leges esset. Jam

vero in rei vindicatione reus, qui ex sententia Thibautiana auctorem petitoris non fuisse dominum probabit, probare exceptionem dici non potest, uti in actione negatoria, quum servitutem probat. Nam de suo jure nihil ostendit, petitoris tantum jus impugnat et veram suscipit contrarii probationem. Ergo contra eam petitori nova probatio, sicuti illud in actione negatoria contra servitutis probationem fieri solet et debet, concedi non potest, quia *Lex Judiciaria vetus. Tit.* XXI. §. 4. id prohibet. Neque beneficium non deducta deducendi et nondum probata probandi adversus possessoris probationem petitori in Saxonia prodest, siquidem illud *Lege Judiciaria veteri. Tit.* XXI. §. 4. ad exceptiones privilegiatas aut nunc demum ortas restrictum est ac praeterea non admittitur nova probatio, nisi aut pars, quae eam dari sibi velit, restitutione in integrum fruatur, aut nova documenta reperiantur.

§. 9.

Sententia autem Henscheliana in Saxonia iisdem ex causis, quibus ex jure communi eam impugnare conati sumus, recipienda non esse videtur.) Quum enim legislator noster in rebus immobilibus inter rei vindicationem ac Publicianam in rem actionem discernat et, quid in utraque actione probandum a petitore sit, perspicue significet, nihil est, quod movere nos possit, ut in rebus mobilibus id mutatum esse existimemus, quia ejus mutationis ne unum quidem extat vestigium. Ergo in petendis etiam rebus mobilibus tum vindicationi, tum Publicianae actioni locus esse potest. De utraque actione monendum idem est, quod ex jure communi, cujus principia apud nos plane non mutata sunt.

§. 10.

Itaque quae de probando dominio in rerum et mobilium et immobilium vindicatione diximus, etiam in Saxonia valent. Probationem dominii auctoris in rebus

mobilibus petenda non esse in foro Saxonico tollendam, tum juris communis principia nusquam mutata, tum vero etiam natura rei docent. Accedit, quod difficultatibus ejus probationis ab adversariis objectis usucapio rerum mobilium brevissima facile mederi potest. Ad dominium enim earum rerum acquirendum plerumque possessio per unum annum, sex hebdomades tresque dies continuata sufficit. Neque necesse est, uti in usucapione juris antiqui Romani, ut per hoc tempus solus petitor rem possederit; imo adnumerare auctorum possessionem sibi potest. Quod temporis spatium quum sit satis exiguum, quid est, cur de difficultate probationis dominii queramur? Interdum quidem etiam rei mobilis usucapio longior est, neque prius absolvitur, quam triginta annis cum uno, sex hebdomadibus tribusque diebus praeterlapsis. Quod tum fit, quum quis rem mobilem a malae fidei possessore alienatam usucapione acquirere vult, quam rem alienatam esse dominus ignoraverat. Nam si dominus hujus alienationis habuit notitiam idque probari a possessore potest, sufficit vulgaris rerum mobilium praescriptio. Dixerit quispiam, in *Nov. CXIX. cap. 7.* inter res mobiles atque immobiles non discerni idque constitui, ut res a malae fidei possessore alienata, si dominus alienationem cognoverit, vel decennio vel vicennio, sin autem eam ignoraverit, triceanio usucapiatur. Sed in ea lege ferenda Justinianus, quum de vicennio et decennio loquitur, sine dubio de rebus tantum immobilibus cogitavit. Ad vindicandam enim rem mobilem, quam a malae fidei possessore alienatam esse dominus cognoverit, ei triennii sufficere spatium, quod jure communi ad dominium acquirendum necessarium est, facile quisque concesserit. Idem ex jure Saxonico dicendum est. Nam si contra praescriptionem triginta annorum cum uno, sex hebdomadum triumque dierum ex *Const. 9. P. II.* restitui dominum non oportet, etsi ignoravit eam, concludi potest, restitutionem dandam ei esse

contra praescriptionem rerum mobilium vulgarem, quae uno anno, sex hebdomadibus tribusque diebus absolvitur, si eam nescierit: non restitui autem dominum, si ejus habuerit notitiam.

§. 11.

Quae cum ita sint, etiam in Saxonia vulgarem de probando dominio sententiam censeo esse retinendam, ita tamen, ut, si rem vindicaverit petitor, Publicianam actionem eum rei vindicatione conjunxisse praesumatur. Qua de re jam disserui Sect. I. Cap. IV. hujus libelli. Ad rationes ibi propositas, quae ejusmodi conjunctionem praesumtam suadere videantur, nunc provoco. Accedit, quod jure Saxonico judicis officium in sustentando libello conspicuum non solum agnitum, verum etiam auctum est *Lege Judiciaria nova Tit. V.* §. 1. 2. Ea enim lege judici imponitur, ut, si libellus vitio non gravi laboret, eum sustentet atque eorum, quae ab actore ex legibus peti possint, nec vero petita sint, in sententia ferenda habeat rationem. Idem faciendum videtur, si actor non totum id, quod probandum fuit, probavit. Itaque judex reum, a quo petitor rem vindicavit, nihilosecius condemnare debebit, etsi petitor non auctoris proprietatem, sed hoc tantum, meliore jure sese petere rem, quam quo reus eam possideat, ostenderit.

§. 12.

Quod ad eos casus attinet, quibus jure communi probatio dominii facilior est, nonnulla monenda sunt, in quibus jus Saxonicum recessit. Illud enim privilegium fisci, ex quo, qui rem ab eo emerat aut alio justo titulo acceperat traditam, non solum ab evictione omnino defendebatur, verum etiam adversus quemlibet rei possessorem acquisitionem a fisco tantum tenebatur probare, quo facto probationi dominii satisfecisse videbatur, in Saxonia cessat. In Auditorio Principis enim

aliquando emtor rei a fisco venditae, quem creditor actione hypothecaria propter pignus rei ante eam venditionem impositum convenerat, contra *L.* 2. et 3. *C. de quadriennii praescriptione.* VII. 37. ad rem creditori restituendam condemnatus eique actio emti adversus fiscum ad evictionem praestandam reservata est. Quam quidem sententiam non eam habuisse vim, ut ea juris Romani principia tollerentur, lubenter profiteor, nisi *rescripto Principis de d. XVIII. Jan. anni MDCCLXXXIII* recte ab Auditorio sacro pronunciatum esse responsum fuisset. Cujus rei auctor est *b.* Kindius. *Quaest. forens. Tom. III. cap.* 29. Jam vero dixerit quispiam evictionem a creditore hypothecario factam longe aliud quid esse, atque evictionem per dominum; ideoque emtorem rei a fisco venditae ab evictione quidem ex causa pignoris non esse securum, nec vero ablationem rei per dominum esse admittendam. Sed ablatio rei sive a creditore fiat, sive a domino, semper evictio est; itaque si in Saxonia emtor, qui causam possidendi a fisco habet, uno casu ab evictione non defenditur, tollitur, quod in proverbio est, eum ab omni evictione esse securum. Igitur etiam domino, qui rem ab eo vindicat, ad eam restituendam condemnabitur, et actione emti a fisco petere debebit evictionis praestationem.

§. 13.

Praesumtio autem Muciana, ex qua uxorem ea, quae quomodo acquisiverit, ostendere non potest, a marito acquisivisse existimatur, in Saxonia *Mandato contra dolosos decoctores de d. XX. Decembr. anni MDCCLXVI* valde extensa est. Concursu enim creditorum ad bona mariti exorto mulier fundos a marito sibi venditos aut ejus nomine comparatos retinere nullo modo potest, quia aut pretium marito non solvisse eam, aut ejus pecunia fundum non esse comparatum putatur. Igitur creditoribus fundos vindicantibus praesumtio dominii adsistit, ex qua probatione qualibet liberantur. Mulier autem cogitur titulum pos-

sessionis ostendere ac praeterea, aut a se pretium marito esse solutum, aut sua pecunia fundum esse comparatum, debet probare. Neque id in fundis solum, verum in omnibus aliis rebus juris est. Uxor enim aut monstrare aut jurejurando, si opus est, affirmare debet, res, quas postulet, a se marito esse illatas, aut aliunde, neque a marito acquisitas. Quod eadem lege constituitur, ut res a marito uxori donatae a creditoribus vindicari queant, ex praesumtione Muciana repeti non potest. Ea enim sanctio repetiit, quod Oratione Antonini de revocandis donationibus inter virum et uxorem jure Romano constitutum est, et nihil aliud mutavit, quam ut creditoribus jus revocandi donationes in uxorem collatas concederet, quod jure Romano tantum mariti est. Quin etiam jure contendere mihi videor, eandem facultatem donationes in maritum collatas revocandi creditoribus uxoris esse tribuendam, licet lubenter largiar, facile fieri non posse, ut uxor aere alieno tanto sit obruta, ut creditorum ad bona ejus concursus exoriatur.

§. 11.

Accedit alia praesumtio dominii in favorem uxoris. Ex lege enim anno MDCCCXIV. lata (*Generals-Gouvernements-Verordnung* d. d. XXIV. *Maji*) in rebus, quas uxor a marito durante matrimonio accepit, nonnullis, veluti in libris, ornamentis vestibus aliisve, dominium uxoris praesumitur, quia maritum eas res donasse putatur. Qua quidem praesumtione uxori eas res matrimonio per divortium soluto licet vindicare, ita ut ad probandum earum dominium cogi non possit. Jam vero maritus praesumtionem ita potest infirmare, ut probet, se uxori res non donasse, immo usum tantum earum concessisse sibique reservavisse proprietatem. Sed ejusmodi praesumtione in concursu creditorum ad bona mariti exorto locus esse non potest, quia *Mandatum contra dolosos decoctores* d. d. XIX. *Decemb.* MDCCLXVI. omnes donationes a marito in uxorem collatas rescindit

resque donatas creditoribus restitui jubet, nec ullam habet rationem, utrum maritus, quum donationem faceret, solvendo fuerit, an aere alieno obrutus. De eo tamen dubitari sane potest, num si maritus ante uxorem decesserit, praesumtio dominii admittenda sit. Admittendam eam esse suadere haec ratio videtur, quod heredum mariti melior non esse potest conditio, quam ipsius defuncti. Altera tamen ex parte opponi potest legis, qua haec praesumtio nititur, indoles. Nam qui eam legem tulit, alienum quid a jure communi constituit, et uxoribus praerogativam concessit, qua alias non fruuntur. Praeterea de casu divortii cogitavit. Ergo dixerit quispiam, quum privilegia strictam tantum admittant interpretationem, neque ea uxoris praerogativa a casu divortii ad casum mortis mariti extendenda est. Atqui sicuti heredes mariti sui commodi causa praesumtione Muciana utuntur, ita etiam pati debent, ut praesumtio dominii in rebus nonnullis uxori jure Saxonico concessa contra ipsos adhibeatur. Nihil enim causae est, cur meliori jure fruantur, quam quo maritus ipse, si viveret, frueretur. Multum tamen interest, utrum uxor bona illata repetere, an iis conferendis portionem statutariam habere velit. Nam si bona illata repetit, praeter ea ab heredibus mariti, eae etiam res, quas maritus ei donasse praesumitur, exhibendae sunt. At si statutariam portionem habere vult, non solum bona illata, verum etiam res a marito donatas, sive eae revera, sive ex praesumtione donatae sint, conferre debet. Tum ergo praesumtio dominii in favorem uxoris lege singulari constituta nihil ipsi proderit.

§. 15.

Quod Sect. I. Cap. 16. hujus libelli scripsimus, tum quum reditui dominii legali, qui vulgo dicitur, locus sit aut dominium a priore domino reservatum fuerit, in rei vindicatione necessariam non esse dominii auctoris probationem, sed sufficere, si et petitore et illud, quod

effecerit, ut ad ipsum dominium rediret, aut reservatio ejus ostendatur, in Saxonia quodammodo mutatum est. Nam etsi venditor fundi dominium tamdiu sibi reservavit, donec pretium, de quo fidem habuit, nondum fuerit solutum, tamen in concursu ad bona emtoris exorto fundum non potest vindicare; sed profiteri nomen propter pretium nondum solutum inter emtoris creditores debet et expectare, donec satis sibi fiat. Ex jure enim Saxonico pactum reservati dominii et reservatae hypothecae non videtur differre. Alioquin *Lex Judiciaria recentior. Tit. XLII.* §. 7. venditori, qui dominium vel hypothecam sibi reservavit, nulla discriminis inter utrumque jus intercedentis ratione habita, locum non assignasset in sententia locatoria inter creditores ipsi tribuendum. Etenim, si accurate rem velis considerare, confitearis necesse est, venditorem, qui dominium sibi reservaverit, rem etiam in concursu creditorum vindicare posse, ita ut aut statim restituenda, aut a creditoribus pretium solvendum sit. Ac si hoc elegerunt creditores, statim solvere debent pretium, nec cogere possunt venditorem, ut inter eos nomen profiteatur et post multos annos sibi propter pretium satisfieri patiatur. Itaque dominio reservato venditori ne praeclusio quidem nocebit, quia non jus in personam aut jus in re cum obligatione conjunctum, veluti hypothecam, sed dominium persequitur. At vero inter dominii atque hypothecae reservationem in Saxonia nihil interest. Venditor, sive hanc sive illud sibi reservaverit, nomen inter creditores emtoris debet profiteri et expectare, donec solvatur pretium residuum. Itaque si non apparet in termino liquidationis, qui vocatur, vel intra annum, postquam sententia, qua contumaces praecluduntur creditores, promulgata est, praeclusio ipsi nocebit, neque dominium neque hypothecam in re vendita amplius habebit. Ita rem apud nos sese habere, neque dominii neque hypothecae reservationem differre ex eo etiam patet, quod in feudis ad ejusmodi reservationem domini directi consensus neces-

sarius est, qui ultra dimidiam pretii partem dari non solet. Quid vero domini directi interest, ut ad certam tantum pretii partem consentiat, si de dominio reservando quaeritur? Num dominium rei ad certam pretii partem restringi potest? Sed hypotheca reservata quo minus dimidiam pretii partem superet, illud prohibere dominus non consentiendo potest; vera autem dominii a parte venditoris reservatio etiam sine ejus consensu valere ac vim habere debet. Igitur, quia in Saxonia et in dominio et in hypotheca reservanda consensu domini directi opus est, etiam dominii reservatio nullam aliam vim habet, nisi ut in subsidium venditor ad dimidiam usque pretii partem ex feudo satisfacere sibi possit, perinde ac si jus pignoris tantum haberet.

§. 16.

Jus singulare mercatorum est *Mandato contra dolosos decoctores d. d. XX. Decemb. MDCCLXVI.* indultum, ut merces a debitore, ad cujus bona concursus creditorem exortus est, fide de pretio habita emtas, si in natura existant, in concursu vindicare possint, modo intra duos menses post contractum celebratum, debitor fugam capesserit aut se non solvendo esse judici significaverit. In qua quidem vindicatione nihil aliud probandum a petitore est, quam tempus celebrati contractus ac merces, quas vindicet, esse easdem, quas vendiderit. Nam tempore, quo contractus perfectus est, probato, statim ex fastis cognosci potest, utrum duorum mensium spatium inter contractum perfectum et consursum exortum intercesserit, necne. Quod si duo menses nondum praeterierant, praesumitur, debitorem, quum merces emeret, jam scivisse, se non esse solvendo. Longiori autem spatio praeterlapso petitor probare debet, debitorem, quum venditio celebraretur, tanto aere alieno fuisse obrutum, ut omnibus creditoribus satisfacere nequivisset. Ad probationem autem dominii auctoris petitor non compellitur. Utrum etiam adversus tertium harum mer-

cium possessorem vindicatione uti venditor possit, necne, valde adhuc inter Ictos disceptatur. Qua de re dignus est, qui conferatur *Ill.* Gottschalk *discept. forens. Tom. III. pag.* 382. et Reinhard in libro inscripto: *die Ordnung der Gläubiger im Concurs. Dresden*, 1826. §. 34. et 35. Atque, ut opinor, vindicatio adversus quemlibet rei possessorem, sive bona, sive mala fide possideat, admittenda est. Quum enim legislator noster vindicationem venditori eam ob causam concedat, quia dolo debitoris, qui, quum emeret, non ignorabat, se non esse solvendo, dominio translatio impediebatur, inde per se patet, debitorem, qui ipse dominium non habuerit, neque illud in alterum transferre posse. Itaque quia debitore translatum non est, acquiri nullo pacto potuit. Quod quum ita sit, etiam ab eo petere merces licet venditori, cui praeter dolum debitoris, qui emit merces, nihil adversus extraneum possessorem probandum est.

§. 17.

Quod a probationem dominii in concursu creditorum attinet, multum interest, utrum quis rem sibi debitam ex obligatione persequatur, an actionem in rem propter dominium contra creditores instituat. Equidem non ignoro nomine Vindicantium in concursu non solum eos intelligi, qui revera dominium rei sibi tribuerint ideoque aut rei vindicatione aut actione in rem Publiciana utantur, verum etiam creditores speciei. Creditor autem speciei, qui rem in natura extantem ex concursu petit, ex usu fori nihil aliud probare debet, quam obligationem, ex qua debitor ad rem in specie restituendam ei tenebatur. Haec probatio dominii probatio dici non potest. Sic ergo ad dominium probandum ii tantum obligabuntur, qui ex causa dominii vel quasi dominii rem a creditoribus petunt. Ad eam probationem faciliorem reddendam multum usus fori attulit, legum auctoritate interdum non carens. Sic uxori bona illata ex concursu mariti vindicanti probanda est aut,

si aliae probationes desunt, jurejurando asseveranda illatio; idemque in rebus, quas non a marito, sed ab alio acquisivisse sese uxor contendit, similiter observatur ex auctoritate legis contra dolosos decoctores. In rebus adventitiis filiorumfamilias, quarum usus fructus et administratio penes patrem bonis nunc lapsum fuit, idem statuendum est. Jam vero, si aliae personae rei vindicatione utantur, dominii probatio majoribus difficultatibus juncta est, neque ulla ratio est, quae suadeat, ut adversus creditores in concursu minor probatio sufficiat, quam quae extra concursum solet desiderari. Ergo probatio eadem esse debet, quae vulgo cuique petitori imponitur. Dominio probato res a creditoribus restituenda est; si ea amplius non existit, veluti bona fide a creditoribus alienata est, domini in arbitrio erit, utrum eam rem ab emtore vindicare, an pretium statim sibi solvendum a creditoribus petere malit. Quodsi hoc elegit, res finita et emtor ab evictione securus est atque adeo, si ipse rem postea vel a priore domino, cui ex concursu satisfactum est, vel ab alio possessore vindicat, facilius, quam alias fieri solet, dominium potest probare, quia satis superque fecit, si ostenderit, se rem ex concursu creditorum emisse et priori domino, qui eam vindicaverit, dominio probato a creditoribus pretium fuisse solutum. At si dominus eam rem ab emtore, qui a concursu habet causam possidendi, vindicat, dominio probato res ei sine dubio restituenda est. Dominio enim reis privari nunquam potest, ne tum quidem, quum post praeclusionem sententia pronunciatam apparuit, quia illa creditoribus quidem, qui actionem in personam debitoris habent, nec vero iis opponi potest, qui jus in re persequuntur ab obligatione liberum, neque cum credito conjunctum. Quod cum ita sit, quaeritur, num emtori, qui rem ex concursu sibi comparaverit, eamque per domini vindicationem amiserit, actio adversus creditores ad evictionem praestandam, saltem ad pretium reddendum concedenda sit. Eam actionem plerique ICti patrii prorsus denegandam ei censent,

auctoritatem secuti *Legis Judiciariae novae Tit. XXXIX.* §. 11. Legislator noster ibi constituit, ut judex fundi sub hasta aeris alieni gratia vendendi rerumque ad eum pertinentium onerumque impositorum indicem conficeret et aestimationem adderet. Id quod eo consilio factum est, ut, qui fundum emere vellet, de juribus pariter ac de oneribus fundi aliunde reddere sese posset certiorem, nec vero, ut judicem vel creditores ad id quod interest sibi praestandum convenire ipsi liceret, si onera quaedam in fundi consignatione praetermissa postea deprehensa fuerint. Verba legis: *„jedoch dies alles nur um besserer Nach- „richt willen, dass der Licitant sich weiter darnach er- „kundigen könne und ohne dass der Richter oder der „Concurs deshalber zu einer besondern Gewährleistung „verbunden sey"*, omnes ICti patrii ita acceperunt, ut neque adversus judicem, neque adversus creditores emtori actionem ad evictionem praestandam dari putarent oportere, sive res sub hasta vendita a domino, sive ab alio ex jure pignoris aliave causa evicta fuerit. Ita etiam *Ill.* et *S. R.* Biennerus in *System. Processus Judiciarii. Tom. II.* §. 299. *fin.* rem accepit, qui *„Evictionem autem*, ait, *neque a „judice neque a creditoribus exigere potest emtor; ergo „cautus sit oportet, licet fides hastae publicae ipsum satis „tutum praestare videatur."* Mihi vero, ut aperte dicam, quod sentio, locus legis antea laudatae de evictione a domino facta neutiquam videtur esse accipiendus. De ea enim legislator ne cogitare quidem potuit, quum propter onera tantum, quae subhastatione publica non expirant, neque judicem neque creditores ad id quod interest praestandum teneri voluit. Accedit, quod fundi sub hasta venditi evictio aut rarissime aut nunquam continget, quia illum judex vendere non potest, nisi debitor investitura allodiali fuerit munitus, ergo dominus publice agnitus. Itaque quod ea lege constitutum est, ad evictionem rei, a creditoribus venditae, quam emtor a priore domino perpessus est, extendi nequaquam potest. Concedo quidem

ex juris rigore denegandam esse emtori actionem ad evictionem praestandam contra creditores, si quis ejus rei tantum rationem habere voluerit, quod neque judex neque creditores auctores sunt, sed debitor, cujus nomine venditur. Verum enimvero altera ex parte impetrare nunquam a me potui, ut illum juris rigorem probarem. Creditorum enim, qui pretium emtori reddere debent, conditio deterior non est, quam si ea res a domino vindicatur. Domino enim vindicanti aut rem aut pretium restituere coguntur, rem, si adhuc existat, pretium, si vendita sit. Ergo neque pretium, neque rem habebunt. Sin autem dominus rem ab emtore vindicat, qui eam a creditoribus comparavit, creditores, qui emtori pretium restituere coguntur, rursus neque rem, neque pretium habebunt. Igitur actio ad evictionem praestandam emtori adversus creditores danda esse videtur, et pretium ei restituendum, ne creditores damno innocentis fiant locupletiores. Ut hanc sententiam amplectar, me inprimis movet Auditorii Principis auctoritas. In Auditorio enim sacro saepius creditores ad evictionem praestandam condemnati sunt, si, qui fundum sub hasta emerit, onera deprehenderit non consueta et extraordinaria, quorum ignorantia ei imputari non possit. Exinde quum pateat, immunitatem creditorum ab evictionis praestatione ad onera ordinaria, de quibus emtor reddere sese possit certiorem, esse restringendam, *legem Judiciariam novam. Tit. XXXIX.* §. 11. de casu evictionis a domino factae accipiendam esse non possum mihi persuadere, atque id non injuria contendere mihi videor, emtori rei mobilis a domino evictae pretium a creditoribus perinde atque eodem jure esse restituendum, quo deposita ab emtore fundi sub hasta venditi partibus deponentibus soluta a creditoribus resarcienda ac praestanda esse Senatus Provocationum censuit. De obligatione creditorum deposita emtori praestandi conferendus est Reinhardi liber antea laudatus §. 62 — 68. Si de jure emtoris a creditoribus evictionis praestationem postulandi

dubitatio nulla est, tamen de loco ipsi inter creditores assignando disceptari adhuc potest. Equidem illi omnes creditores ad evictionem praestandam teneri, ideoque inter eos referendum illum arbitror, quibus ante omnes satisfaciendum est, quia omnes creditores ipsis obligantur. (*Massegläubiger.*) Cujus rei ratio haec est. Si vera est obligatio creditorum ad evictionem praestandam, emtor, evictionem perpessus est creditor creditorum, ideoque cogi non potest, ut inter illos nomen suum eo consilio profiteatur, ut ipsi simul cum reliquis ordine consueto ex bonis debitoris satisfiat. Ei enim non debitor, sed creditores debitoris communis tenentur. Eandem sententiam fovit Auditorium Principis, quum emtori fundi sub hasta venditi, qui iis, qui pecuniam deposuerant, eam restituere debuerat eamque ob causam a creditoribus ejus, cujus fundum emerat, evictionis praestationem postulabat, locum inter eos assignaret, quibus primo loco satisfaciendum esset. Id quod testatur Reinhard *l. l.* Itaque nihil interest, quo tempore fiat evictio et emtor eam sibi praestari postulet. Neque ad eam extendi potest praeclusio, quae sententia in contumaces et nomina inter creditores non profitentes pronunciata est, quia hujus vis ad creditores debitoris communis restringenda, neque ad eos extendenda est, quibus creditores ipsi tenentur.

§. 18.

Personam adversarii si spectamus, contra quem dominium probari in Saxonia oportet, eadem de ea monenda sunt, quae Sect. I. Cap. III. hujus libelli eadem de re jam diximus. Nam etiam jure Saxonico necessaria est ad partes rei obtinendas possessio cum animo rem sibi habendi conjuncta. Qui enim dicit, se sibi rem habere nolle, eo significat voluntatem, possessionem ad petitorem transferendi, neque de ejus jure dubitat. Unde etiam cogi non potest, ut cum petitore litem de proprietate suscipiat.

Quod ex iis intelligitur, quae *lege Judiciaria nova. Tit. XIV.* §. 3. de nominatione auctoris constituta sunt. Qui non suo, sed alieno nomine rem ab alio vindicatam possidet, ante primum terminum auctorem cujus nomine in possessione est, debet nominare, quo facto reus lite liberatur et auctor, quem nominavit, loco ejus citandus est, ut ad libellum a petitore oblatum respondeat. Auctor si apparet atque rem suam esse negat, res sine ambagibus petitori restituenda est et lis tota finitur. Ex quo patet, non cogi possessorem ad litem cum petitore suscipiendam, sed dicendo, rem non esse suam, se statim lite posse liberare. Nec vero hoc ita intelligendum est, ut nominatio auctoris sit exceptio litis ingressum impediens in continenti liquida sine ulteriore probatione. Nam qui negat se possidere, potius alium dicit esse possessorem, aut qui negat rem esse suam, non exceptionem opponit, sed eam negat, ut ita dicam, qualitatem ac conditionem, a qua litem contestandi pendet necessitas; ut omnia breviter complectar, negat legitimationem ad causam passivam. Et quod lege laudata dicitur, sine ulteriore probatione eum, qui alium nominet auctorem, lite esse liberandum, atque auctorem nominatum loco ejus ad respondendum petitori citandum, id non singulare est, nec a principiis juris abhorret; imo ex natura rei sequitur, eum, qui se negat possidere, ea ipsa negatione esse dimittendum, quia verus reus non sit, et possessionem ad petitorem transferendam. Atque id ubique juris est, ubi qui actione vel in rem vel in personam convenitur, eam negat qualitatem, a qua necessitas litem cum actore suscipiendi pendet. Sic etiam expromissor, qui a creditore ad debitum solvendum convenitur, et negat se expromisisse, ante quam creditor probaverit expromissionem, ad controversiam cum eo de debito suscipiendam compelli non potest. Atque eo etiam casu sine ulteriore probatione sola expromissionis negatione lite tamdiu liberatur, quamdiu eam creditor non ostenderit. Nam

id vel sponte intelligitur, non posse aliquem ad litis contestationem cogi ante, quam eum verum esse reum actor monstraverit.

§. 19.

Cohaeret ea cum re poena dolosae inficiationis, quae *L.* 80. *D. de rei vindicatione.* VI. 1. continetur, ubi Furius Anthianus Libro 1. ad Edictum scribit: „*In rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui* „*dicere, se non possidere: ut si possit adversarius con-* „*vincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se* „*possessionem per judicem, licet suam esse non approba-* „*verit.*" Eam legem repetiit ac confirmavit in Saxonia *Lex Judiciaria nova Tit. XVI.* §. 3. Quaeritur, quomodo haec lex intelligenda sit, et quomodo illud explicandum, quod petitor probare cogitur, rem ab adversario possideri. Incipit ICtus regula generali: *in rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere, se non possidere.* Ergo qui se possidere negat, sive revera non possideat, sive tantum teneat sine animo rem sibi habendi, non cogi potest, ut cum actore litem suscipiat. Si rem plane non tenet, nihil ab eo postulari potest; si tenet rem, et negando possessionem significat, se sibi rem habere nolle, statim oritur a parte ejus obligatio, rem petitori exhibendi. Quod si sua sponte facit, res statim finita est; sed si rem non restituit, licet eam se habere nolle significaverit, nunc ab actore probandum est, eum rem tenere. Qua probatione absoluta statim judex eum ad possessionem in actorem transferendam condemnat, licet actor rem suam esse non approbaverit. Igitur translatio possessionis mihi quidem non poena dolosae inficiationis esse videtur, sed nil nisi effectus, qui ex negatione adversarii sua sponte sequitur, quia ille significavit, se rem habere nolle, nec sibi aliquid juris in ea tribuere. Nunc autem per se patet, actorem, si adversarius possessio

nem sua sponte, uti debet, non restituat, eam per judicis sententiam in se debere transferre, quia vindictae privatae locus esse non potest. Ut autem illud assequatur, necesse est, judici persuadeat probando, alterum tenere rem, et negasse, eam suam esse, nec tamen eam restituisse, licet restituendi officium illi impositum sit. Accedit, quod qui rem tenet, et eam suam esse negat, non dolose negat. In negatione enim dolus cerni non potest, quia haec, ubi actor rem persequitur, actori utilis tantum esse potest, qui nunc possessionem sine ulteriore disceptatione accipit. Neque restitutio rei a judice adversario injuncta poena esse doli potest, sed effectus negationis naturalis. Sic ergo, quum negatio dolosa dici non possit, quia dolus sine animo alteri nocendi non intelligitur, atque restitutio possessionis, quia a reo sua sponte non fit, a judice injungenda sit in commodum actoris, qui, quominus proprio Marte eam persequatur, acerbissimis vindictae privatae poenis impeditur, iis adstipulari nullo modo possum, qui eam possessionis ad actorem translationem ad poenas dolosae inficiationis referendam esse arbitrantur. Quam plerique huc spectare putant Nov. XVIII. cap. 10. ea non de negatione possessionis, sed de alio casu loquitur. Etenim si possessor negat, rem illius esse, cujus actor dicit et revera esse probat, possessionem in actoris commodum amittit, et si quid juris ipse in re habeat, id nunc agendo persequi debet. Neque de rei vindicatione ibi sermo esse videtur, magis de hypothecaria actione. Fac me rem Titii possidere, quam alter tanquam sibi oppignoratam petat. Nego rem Titii esse. Actor id probat. Nunc nihilominus rem retinere volo, quia mihi prius Titius eam oppignoraverit. Jam vero nunc propter dolosam negationem possessionem amitto et hypothecaria actione contra priorem petitorem, qui nunc possessor est, experiri compellor.

§. 20.

Etiam jure Saxonico possessor, a quo possideat et qua de causa possideat, dicere non cogitur. Nihilosecius quodammodo ei necessitas imponitur causam possessionis dicendi ac probandi. Quum enim metuendum sit, ne res probato a petitore dominio ipsi evincatur, ad periculum evictionis in auctorem transferendum dicere, quo titulo et quo auctore possideat, omnino debet. Praeterea auctori litem denunciari oportet idque adversario etiam manifestari. Quamobrem, ut in tempore fiat litis denunciatio, *Lege Judiciaria nova. Tit. XIV.* §. 1. constitutum est, ut cito saltem diebus ante primum terminum de actione, ex qua evictio imminet, auctor certior reddatur. Quam litis denunciationem si tempore constituto possessor non fecit, ea media in lite uti non potest, neque ad evictionem praestandam adversus auctorem ullam habèt actionem. Unde sui ipsius causa possessor titulum possessionis dicere et auctori litem denunciare cogitur. Utroque enim omisso si ageret adversus auctorem ad evictionem sibi praestandam, hic non injuria objiceret, si possessor titulum possessionis edixisset litemque denunciasset, vix futurum fuisse, ut res ipsi evinceretur. Etsi *Lex Judiciaria nova. Tit. XIV.* §. 2. possessori, cui res evicta est, actionem adversus auctorem ad id quod interest consequendum tum reservat, quum exceptiones ab auctore proferendae adversus petitorem nihil profuturae fuissent, tamen auctor si non litis denunciatione omissa, at certe silentio possessoris de titulo possessionis tueri sese poterit. Fac me Publiciana actione conveniri et petitorem probare justum titulum. Ego vero ne titulum quidem, ex quo possideo, edixi ideoque merito ad rem restituendam a judice condemnor. Nunc ab auctore meo evictionis praestationem postulo. Nonne hic jure objicere poterit, me titulo possessionis edicto ac probato victoriam fuisse reportaturum, quia fieri potuisset, ut a petitore melius jus in re non probaretur?

§. 21.

Interdum sola possessio dominum reddit possessorem. Quod tum fit, quum quis cautionem publicam possidet. Etenim *Edicto d. d. VI. Maj.* 1772. §. 3. *II. Cont. Cod. Aug. II.* 398. et *Mandato d. d. XXVI. Jan.* 1775. *II. Cont. Cod. Aug. I.* 339. cautiones publicae a vindicatione in Saxonia exemtae sunt, ita ut ne a fure quidem et malae fidei possessore vindicare eas liceat, etsi, qui eas vindicare velit, dominium plene probare possit. Itaque in his cautionibus possessio animo rem sibi habendi conjuncta loco dominii ipsius est, nec ulla tituli probatione a parte possessoris opus est. Nec vero prohibetur, qui ejusmodi cautionem amisit, quominus vel condictione furtiva adversus furem vel ejus heredes vel actione doli adversus malae fidei possessorem experiatur ad id quod interest praestandum. Quod ea mente legislator constituit, ut cautiones publicas pecuniae numeratae exaequaret idque efficeret, ut iis eadem, quae pecuniae paratae, fides haberetur. Atqui exinde non sequitur, in Saxonia pecuniam paratam et nummos vindicari plane non posse. Neque ea mente legislatorem nostrum fuisse puto, ut vindicationem nummorum, si in natura adhuc extarent, prohiberet. Alioquin enim id perspicue significasset. Certe quod jure Romano de nummis tamdiu vindicandis constitutum est, quamdiu ab eo, qui eos acceperit, aut consumti aut cum ejus nummis commixti non sint, in Saxonia nusquam abrogatum est. Cf. *L.* 11. §. 2. *D. de rebus creditis.* XII. 1. et *L.* 78. *D. de solutionibus et liberationibus.* XLVI. 3. Ceterum quum legislator noster condictionem furtivam propter cautionem publicam subreptam tantum contra furem vel heredes ejus indulgeat, quaeri adhuc potest, num malae fidei possessor, qui a fure cautionem publicam, sciens esse alienam, acceperit justo titulo praecedente, actione furti teneatur. Vindicationem novi esse prohibitam.

Sed actio furti jure Romano contra quemvis malae fidei possessorem, qui rem alienam, id non ignorans, justo titulo sibi comparavit, institui potest. Quod patet ex iis, quae DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS in *L.* 12. *C. de furtis.* VI. 2. rescripserunt:

> *Ancillae subtractae partus apud furem editi, priusquam a domino possideantur, usucapi nequeunt: matris furem etiam horum causa furti actione teneri convenit: quapropter furti actione et condictione vel adversus possidentem vindicatione de mancipiis uti non prohiberis, cum altera poenam continens alterius electione minime tolli possit. Nam extra poenam rei persecutionem esse, nulla juris quaestio est, cum etiam hi, qui aliena mancipia comparaverint, si hanc causam non ignorent, furti actione teneantur.*

Igitur etiam contra malae fidei possessorem cautionis publicae prior dominus actione furti uti potest ad cautionem sibi restituendam vel pretium ejus praestandum. Nam usus poenae privatae in Saxonia cessat. Condictioni autem furtivae non contra tertium possessorem, sed contra furem tantum ejusve heredes locus est; ideoque nihil superest, nisi actio furti. Quapropter vides legem de non vindicanda cautione publica tantum bonae fidei possessori prodesse, quum a malae fidei possessore cautio publica etsi non rei vindicatione, at certe actione furti peti possit.

Caput II.

De probatione dominii in aliis actionibus praeter rei vindicationem.

§. 1.

Vulgo agnita sententia eorum, qui in actione negatoria ab actore non plenam dominii probationem exigendam esse et justum titulum ab eo ostendi, sufficere existimant, in Saxonia legibus confirmata est. Ait enim *Decis.* 1. *de anno* 1746. „*Obwohl ordentlicher* „*Weise das Eigenthum unbeweglicher Güter und Grund-* „*stücke nach Sachsenrecht anderer Gestalt nicht, als* „*durch gerichtliche Belehnung, erlangt wird, und daher* „*derjenige, so ein Gut oder Grundstück nicht in Lehn* „*hat, solches weder verpfänden, noch das Eigenthum* „*desselben andern überlassen kann: so wollen Wir doch,* „*dass in actione Publiciana, ingleichen, da in actione* „*negatoria auf Beibringung des dominii erkannt worden,* „*es genug seyn soll, wenn Kläger, dass er das Grund-* „*stück bona fide et justo titulo besessen, erweiset*“ etc. Quin etiam in Auditorio Principis ne justi tituli quidem probatio exigi solet; sufficere videtur, si actor plures per annos fructus ex fundo sese percepisse et onera publica a se esse soluta probare possit. Cujus rei auctorem et testem habemus *b.* Kindium in *Quaest. forens. Tom. III. qu.* 45. Nec vero tanta erga actorem lenitas probanda esse videtur, quia ex ea iniquitas contra adversarium oritur. Qui enim onera sese solvisse ac fructus ex fundo percepisse ostendit, pro domino nondum haberi potest. Etiam usufructuarius fructus percipit et onera solvit, nec vero suo nomine actione

negatoria utitur. Sicuti enim usufructuarius servitutem fundo fructuario debitam vindicare non potest, i. e. propter eam servitutem actione confessoria non uti, sed usumfructum vindicare debet i. e. petere ab altero, ut usumfructum actoris agnoscat et confiteatur, ideoque eum servitute uti fruique patiatur *L.* 1. *pr.* *L.* 5. §. 1. *D. si ususfructus petetur.* VII. 6. sic etiam actione negatoriam instituere ei non licet. Accedit, quod reus, si actor, qui actione negatoria utitur, nihil nisi fructuum perceptionem et onerum publicorum solutionem probavit, securus non est, se servitutem semel probatam sibique adjudicatam adversus quemlibet fundi servientis possessorem esse obtenturum. Quod quidem negare nemo potest, esse causam gravissimam, ex qua actori probatio dominii in actione negatoria imponatur. In rebus mobilibus, in quibus quis servitutem personalem sibi asserit, sine dubio actor, qui servitutem negat, nihil aliud, quam bonae fidei possessionem debet probare, sicuti ex exemplo actionis negatoriae propter fundos institutae commode colligi potest.

§. 2.

Quod in actione negatoria de probatione dominii constitutum est, non minus in actione confessoria valere debet, quia in servitutibus realibus certe utraque actio praeter dominum fundi competit nemini ex *L.* 2. *pr.* §. 1. *D. si servitus vindicetur.* VIII. 5. Sed quum in actione negatoria justum titulum acquisitionis probari sufficiat, idem in confessoria ostendi satis erit. Ab iis autem, qui alieno nomine servitutibus fundo debitis utuntur, veluti ab usufructuario, usuario aliisve, actio confessoria non earum servitutum causa institui potest adversus vicinum exercitium turbantem; imo ab iis actio confessoria propter usumfructum vel usum contra vicinum instituenda est, ut ille usumfructum vel usum acto-

ris agnoscat eumque uti frui servitutibus fundo usufructuario debitis patiatur. Scribit enim in *L.* 1. *pr.* *D. si usufructus petetur.* VII. 6. Paulus Libro 18. ad Sabinum haec:

> *Si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus Libro 8. apud Julianum, Labeonis et Nervae sententiam probat, existimantium, servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usumfructum vindicaturum ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire agere, teneri ei, quasi non patiatur uti frui.*

Similiter in *L.* 5. §. 1. *D. eod.* Ulpianus Libro 17. ad Edictum scribit:

> *Utrum autem adversus dominum duntaxat in rem actio usufructuario competat an etiam adversus quemvis possessorem, quaeritur. Et Julianus Libro septimo Digestorum scribit: hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere: nam et, si fundo fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitutem, sed usumfructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum.*

Quo casu ab actore non dominium vel bonae fidei possessio, sed usufructus vel usus in eo fundo competens, cui servitutem dicit deberi, probandus est. Ea de re latius disseruit *b.* Kindius in *Quaest. forens. Tom. III. cap.* 18., qui actione confessoria et negatoria non solum dominum, verum etiam quemlibet uti posse scribit, cujus propter jus quaesitum intersit, servitutem vel libertatem agnosci. At vero id non recte statutum esse videtur. Quod ad actionem confessoriam attinet, concedo; nec vero actionem negatoriam a quovis, cujus intersit, institui posse arbitror. Imo usufructuarius, qui ab extraneo in usufructu fundi turbatur, veluti, ab eo, qui in usufructuario fundo servitutem sibi asserit, non actione negatoria utetur, sed confessoria propter usumfructum,

i. e. postulabit ab altero, ut hic usumfructum actoris agnoscat atque turbationibus abstineat. Quod ut probem, ad leges antea laudatas provocare liceat. Ex quibus quum pateat, usufructuarium servitutem fundo fructuario debitam vindicare non posse, sed tantum usumfructum: neque libertatem fundi fructuarii a servitute, quam alius in eo sibi tribuit, vindicare potest, ergo actione negatoria non uti, sed usumfructum petere et ab altero poscere debet, ut ne in futurum turbare velit usumfructum. Quo facto adversarius dicet, se jus habere turbandi propter servitutem in fundo fructuario sibi competentem. Eam nunc probare compellitur.

§. 3.

Quae jure Romano domino adversus furem ejusve heredes datur condictio furtiva, in Saxonia aut retenta aut certa non sublata est. Actio furti autem valde immutata est. Primum enim ad poenam privatam persequendam nullam habet actionem, qui furtum perpessus est, quia ejus in locum poena publica furti substituta est. Deinde actio furti non amplius famosa est, quia in genere causae infamiae jure Romano expressae ad eam infligendam in Saxonia sufficere non videntur. Quum ergo fere omnia apud nos cessent, quibus jure Romano actio furti a condictione furtiva distinguitur, facile quispiam sibi persuadere possit, actionem furti apud nos plane cessare et condictionem furtivam solam remansisse. Quod tamen vix videtur concedi posse. Nam actioni furti locus jure Romano est adversus quemlibet, qui rem mobilem mala fide possidet; condictioni furtivae tantum adversus furem ejusve heredes. Quid ergo? si actio furti in Saxonia cessat, quanam actione adversus eum, qui rem alienam mobilem mala fide possidet, experiendum erit? Nulla supererit, nisi rei vindicatio aut Publiciana. Sed qui scit, quam difficilis

sit in utraque actione probatio, difficilior certe, quam in actione furti, hic certe actionem furti non putabit esse supervacaneam. Igitur, ut opinor, melior est eorum sententia, qui existimant, unam esse actionem ex furti actione et condictione furtiva conflatam. Ad eam instituendam quivis, cui res subrepta est, vel cujus res illicito modo alienata est ab eo, qui alienam esse non ignoravit, confugere potest. Sic ergo non necesse erit, ut ab actore dominii plenam probationem exigamus. Sufficiet probari ab eo factum subreptionis sive furti, quo ego hoc loco non intelligo furtum eo sensu, quo id hodie ablationem rei alienae mobilis ex custodia domini vel possessoris lucri faciendi gratia factam dicimus, sed sensu latiori, quo jure Romano accipiebatur. Praeterea probanda est mala fides adversarii. In hac enim mala fide ex jure Romano furti communio cernitur. Factum subreptionis probari non erit difficile, quum plerumque inquisitio criminis antecedere soleat, in qua si fur furtum confessus est, id plenam facit probationem. At vero si quis actione furti utitur adversus malae fidei possessorem, qui rem ipse a fure vel malae fidei possessore emerit, et mala fides possessoris et mala fides auctoris probanda est. Contra furem ipsum probatio facillima esse solet. Nam sufficere putant Icti patrii, si, qui furtum perpessus sit, jurejurando asseveraverit, rem esse suam vel eam sese possedisse et eam furto sibi esse ablatam.

§. 4.

Probatio dominii, cui in actione hypothecaria jure Romano locus est, etiam in Saxonia interdum necessaria est. Multum interest, utrum propter hypothecam an propter pignus actione hypothecaria creditor utatur; et inter hypothecas denuo inter eam, quae judicis consensu constituitur et tacitam discernendum est.

Quod ad hypothecam consensu judicis constituendam attinet, quae in Saxonia, nisi in fundo, cogitari non potest, judex ipse debitoris dominii debet habere rationem. Nam *Decis. I. de anno* 1746. domino tantum fundi investitura allodiali munito jus rem immobilem hypothecis onerandi conceditur. Ergo si possessor non investitus est aut fundum nondum usucepit, judex cogi non potest, ut in fundum hypothecis onerandum consentiat. Sin autem judex hypothecam dominio sibi antea probato consensu firmavit, creditori actione hypothecaria utenti probatio dominii debitoris facillima est ac paene non necessaria, quippe quam jam judicis consensus reddiderit fere supervacaneam. Ac si de ulla probatione dominii sermo est, ea tantum contra alios creditores, quibus actor praeferri vult, aut contra extraneos rei pignori datae possessores, qui non a debitore, sed ab alio habent causam possidendi, suscipi debet. At vero contra debitorem ejusve heredes si creditor hypothecaria actione experitur, ne tum quidem, quum fundus consensu judicis non impetrato pignori datus est, dominium a creditore probari oportet. Idem adversus eum juris est, qui a debitore causam habet possidendi neque sibi ipse pignus in re tribuit.

§. 5.

In pignore in causa judicati capto denuo discernendum est inter res mobiles atque immobiles. Si executio rei judicatae in res mobiles fit a creditore assignandas, et nulla de dominio earum ab alio movetur controversia, per se patet, pignori capi quamlibet rem posse, quae in domo debitoris inventa fuerit, neque creditori imponendum esse, ut in ipso actu executionis probet, rem esse debitoris. Jam vero si ab aliquo de dominio earum rerum movetur controversia, judex cognoscere debet de proprietate. Scribit enim in *L.* 15.

§. 4. *D. de re judicata.* XLII. 1. ULPIANUS Libro 3. de Officio Consulis:

Si rerum, quae pignoris jure captae sunt, controversia fiat: constitutum est ab Imperatore nostro, ipsos, qui rem judicatam exequuntur, cognoscere debere de proprietate; et si cognoverint, ejus fuisse, qui condemnatus est, rem judicatam exequentur. Sed sciendum est, summatim eos cognoscere debere, nec sententiam eorum posse debitori praejudicare, si forte hi dimittendam eam rem putaverint, quasi ejus sit, qui controversiam movit, non ejus, cujus nomine capta est; si forte jure ordinario coeperit ab eo res peti. Sic evenit, ut omnibus integris tantum capioni res judicata proficiat. Sed illud debet dici, ubi controversia est de pignore, id dimitti debere et capi aliud, si quod est sine controversia.

In ea de proprietate rei pignori capiendae cognitione multum refert, utrum uxor debitoris, an alius quis de dominio dubitationem moverit. Si uxor id fecit, creditorem a probatione dominii liberandum censeo, quum debitor adversus uxorem pro domino tamdiu habeatur ex praesumtione Muciana, quamdiu uxor se esse dominam non monstraverit. Sed alio dominium debitoris negante et suam rem dicente, a creditore brevissime probandum videtur, rem esse debitoris, siquidem, qui dubitat de dominio, rem possideat; sin autem non possidet, qui negat debitorem esse dominum, suam rem esse debebit probare. Ejusmodi probationi locus tantum esse potest, quum res mobiles pignori capiuntur. Sed si executio in fundum debitoris fit, dominii probatione opus non est, quia judex in Saxonia fundum non potest pignori capere, nisi debitor dominio ejus investitus sit, et ipse scire debet, num revera dominium civile fundi debitor habeat.

§. 6.

Quum ex *Lege Judiciaria nova. Tit. XLVII.* debitori liceat, ad sumtus executionis evitandos prius, quam executio fiat, eam in judicio pro facta habere, quae quidem executio ficta etiam vim habet pignoris in causa judicati capti, quaeritur, num ad hunc actum dominium necessarium sit. Qua de re nulla dubitatio erit. Nam ad jus pignoris executione vel vera vel ficta demonstrandum judex exhibere debet documentum, quo executionem vel reapse factam vel a debitore pro facta habitam esse testatur (*Hülfsschein*). Nec vero illud exhibebit, nisi de dominio constet debitoris. Idque merito. Pignus enim executione in fundo constitutum, non minus, quam hypotheca judicis consensu imposita in libros, in quibus hypothecae adnotari solent, debet referri, ut quilibet, cujus interest, scire possit, num fundus hypothecis sit oneratus. Nostra demum memoria inter dicasteria Saxoniae gravissima orta est disceptatio de pignore ante rem judicatam executione ficta constituto. *Ill.* Ordo ICtorum Lipsiensium negavit, executionem fictam ante, quam denunciata esset a judice pignoris capio, vim habere posse. Cf. *Ill.* et *S. R.* Klien Progr. *de pignore absque re judicata per executionem constituto.* Lips. 1820. In Auditorio autem Principis contraria sententia obtinuit eorum, qui ejusmodi executioni fictae, qua debitor declarat, se executionem pro facta habere, inde ab eo tempore, quo declaratio facta est, eandem vim tribuunt, quae voluntariae oppignorationi conceditur. Saepius ita pronunciatum esse auctor est Reinhard in libro: *die Ordnung der Gläubiger im Concurs.* §. 155. A Principe res in favorem Senatus Provocationum decisa est rescripto ad *Ill.* Ordinem ICtorum Lipsiensium d. d. XXVIII. Novembr. anni MDCCCXXIII. dato, cujus verba haec sunt:

Nachdem zeithero über die Frage, wann und unter welchen Umständen die in der Erl. Processordnung ad

Tit. XLVII. nachgelassene Erklärung des Schuldners, die Hülfe für vollstreckt annehmen zu wollen, statthaft sey und die Kraft einer wirklichen Hülfsvollstrekkung habe, im Sprechen eine Verschiedenheit der Meinungen wahrzunehmen gewesen ist, als haben Wir Unsere Entschliessung darüber dahin Euch zu eröffnen für gut befunden, dass nehmlich eine solche in Gemässheit der obenangezogenen Gesetzstelle pro facta angenommene Execution und Immission an sich schon und ohne Unterschied, ob der Schuldner bereits ausgeklagt worden oder nicht, zur Begründung eines dinglichen Rechtes für hinreichend geachtet werden soll.

Ex quo quidem rescripto patet, declarationis debitoris, qua significat eo tempore, quo debitum contrahitur, se executionem in fundum pro facta accipere, effectum esse eundem, qui est voluntariae oppignorationis, ita ut jus pignoris ab ipso momento, quo declaratio illa facta est, aut si debitum serius existat, a perfectione negotii ipsius incipiat. Ad jus autem pignoris efficiendum non opus est consensu judicis ac confirmatione, quae in constituenda hypotheca ex *Lege Judiciaria nova. Tit. XLIV.* necessaria est. Quaeri ergo potest, num, si creditor ejusmodi pignus actione persequatur hypothecaria, dominium debitoris probari debeat. Quod non probandum esse videtur, si adversus debitorem ejusve heredes actio hypothecaria instituitur. Sin autem creditor pignus ab extraneo possessore vindicat, tum iis, qui negant dominium esse probandum, tum iis, qui affirmant, haud levia adsistunt argumenta. Probatio enim dominii debitoris ideo necessaria videri non potest, quia pignus ficta executione constitutum, ut valeat, judicis consensu non indiget; judicis ergo, quia partibus non tenetur, si illud pignus ignoravit, nihil interest, utrum dominus sit debitor, necne. Quod si verum esset, judex possessorem fundi omnimodo condemnare

deberet, ut eum creditori restitueret, modo a creditore probatum esset, debitorem eo tempore, quo executionem pro facta accepisset, meliori jure possedisse, quam reum et ejus auctores. Id defendi posset *L.* 20. *D. de pignoribus et hypothecis.* XX. 1. ubi PAULUS scribit: „*Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non* „*habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam* „*Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam.*" Verum enimvero, quum jus pignoris ficta executione ante rem judicatam et terminum executionis constitutum ab hypotheca a debitore sua sponte constituta nomine quidem, nec vero reapse differat, et *Decis.* 1. *de anno* 1746. sancitum sit, fundum, nisi ab eo, qui dominium ejus investitura allodiali acceperit, oppignorari non posse: equidem non dubito, quin a creditore pignus ficta executione constitutum actione persecuto probari dominium debitoris civile in fundo debeat. Accedit, quod ad extremum pignus, quacunque ratione constitutum sit, eam habet vim, ut distrahi a creditore possit. Illa autem distractio in Saxonia a judice tantum nomine creditoris sub hasta publica fieri potest. Quomodo tamen judici imponi potest, ut fundum vendat sub hasta, nisi de dominio debitoris constet, cujus jure creditor utitur, quum venditio celebratur? Quod enim in alienatione voluntaria valet ex *Decis.* 1. *de anno* 1746., ut eam tum tantum judex confirmare teneatur, quum, qui alienat, dominus sit, non minus de alienatione necessaria accipiendum esse videtur.

§. 7.

Longe aliter res sese habet, si creditor propter hypothecam tacitam actione hypothecaria utitur. In Saxonia enim hypothecae tacitae totum debitoris patrimonium obligant. In hypothecis autem, quibus totum debitoris patrimonium obligatur, jam ex jure Ro-

mano non opus est dominii debitoris probatione, saltem in iis, quae conventione constituuntur. Quod intelligitur ex iis, quae in *L.* 15. §. 1. *D. de pignoribus et hypothecis.* XX. 1. Gajus Libro singulari de formula hypothecaria scribit:

Quod dicitur, creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae quotidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea acquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae.

Unde certum est, in hypotheca generali dominium debitoris a creditore non debere probari. Sic ergo etiam in Saxonia creditor hac probatione tum adeo, quum actione hypothecaria adversus extraneum rei possessorem utitur, liberandus est, et, si aliquid, nihil aliud ab eo probandum est, quam rem a debitore fuisse possessam. Utrum enim jure possederit debitor an injuria, nihil creditoris interest. Nam ei non solum res debitoris propriae, verum etiam alienae, quas bona fide debitor possidebat, pignoris jure obligantur. Igitur sufficiet a creditore probari, rem a debitore fuisse possessam aut justo titulo saltem acquisitam. Quo facto possessor omnino condemnandus est, nisi ostendere possit, se meliori jure, quam quo debitor possederit, nunc possidere, aut certe auctorem suum possedisse. Alioquin quot et quantis difficultatibus pugnare deberet creditor hypothecam generalem persecuturus, si in qualibet re, quam vindicaret, plenum debitoris dominium ab eo probandum esset? Ceterum concedo, actioni hypothecariae propter res mobiles tacita hypotheca obligatas adversus tertium earum possessorem rarissime locum fore. Nec vero hoc impedit, quominus, si quando

propter eas actio hypothecaria instituatur, ea applicentur, quae de probatione creditoris antea diximus.

§. 8.

In rebus mobilibus denique pignoris causa creditori traditis actio hypothecaria cogitari non potest, nisi creditor amiserit earum possessionem. Quamdiu enim pignus possidet, jam possessione et retentione securus est, praeterquam si id ab alio vindicetur, cui exceptio a creditore objicienda erit, debitorem fuisse dominum. Sed fieri vix poterit, ut, etsi eam exceptionem objecerit creditor, tamen ad eam probandam cogatur, quia jam favore possessionis satis defenditur. Plerumque sufficiet a creditore probari, debitorem aliquando justo titulo rem acquisivisse, maxime si Publiciana actione alter pignus illud petierit. Jam vero, si ipse creditor amissa possessione pignus actione hypothecaria persequitur, adversus debitorem et eum possessorem, qui rem pignori datam ab ipso debitore acquisivit, probanda tantum est oppignoratio; adversus eum, qui non debitorem, sed alium agnoscit auctorem possessionis, probari debet, debitori jus oppignorandi eo tempore fuisse, quo pignori rem daret, ergo aut eum fuisse dominum, aut saltem meliori jure possedisse, quam eum, qui nunc possidet, ejusve auctorem, aut voluntate domini rem sibi a debitore fuisse obligatam.

Quid in actione ad exhibendum et in actionibus rescissoriis, quibus institutis ex jure Romano dominium debet probari, in Saxonia mutatum aut legibus confirmatum fuerit, quaeri adhuc poterit. Ad eam quaestionem respondeo, me nihil in jure Saxonico deprehendisse, quod a jure Romano abhorreat. Omnino ex iis, quae dicta sunt, patet, principia Juris Romani constanter in Saxonia esse observata et etiamnunc observari, nisi forte investitura allodiali multum immutatum fuisse arbitramur.